

**Eingriffe in das Grundeigentum
aus Gründen des Heimatschutzes
speziell nach kantonal-zürcherischen
Verhältnissen**

DISSERTATION

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte**

vorgelegt von

HANS-JÖRG ISLIKER

von Winterthur

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Juris-Verlag, Zürich

1949

Eingriffe in das Grundeigentum
aus Gründen des Heimatschutzes
speziell nach kantonal-zürcherischen
Verhältnissen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANS-JÖRG ISLIKER

von Winterthur

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Juris-Verlag, Zürich

1949

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 23. Januar 1950

Der Dekan:
Prof. Dr. K. Käfer



Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	7
Erstes Kapitel	
<i>Die Stellung des Heimatschutzes im Recht</i>	
§ 1 Das Wesen des Heimat- und Naturschutzes	9
I. Einleitung	9
II. Heimat- und Naturschutz. Inhalt und Umfang der Begriffe	9
A. Die Interessenobjekte	12
B. Die Interessen	14
III. Die Trennung der Begriffe	15
A. Die postulierten Ziele der Schweizerischen Vereinigung für Heimatschutz	16
B. Die tatsächlichen Leistungen der Vereinigung	17
C. Die Ziele des Schweizerischen Bundes für Naturschutz	18
D. Die Trennung der Begriffe	19
IV. Die Publizität des Heimatschutzes	25
§ 2 Die Heimatschutzbestrebungen in der Schweiz	26
I. Einleitung: Entstehung und Entwicklung des Heimatschutzes	26
II. Die freiwillige Schutzstätigkeit	29
A. Bestrebungen von Vereinen, Gesellschaften und Privaten	29
B. Bestrebungen der Gemeinden, Kantone und des Bundes	32
III. Die öffentlich-rechtliche Schutzstätigkeit	35
A. In den Kantonen	35
B. In den Gemeinden	37
C. Im Bund	38
§ 3 Die Landes- und Regionalplanung	39
I. Einleitung	39
II. Versuch einer Theorie über das Wesen der Planung	40
III. Zustände, welche zur Idee der Landesplanung führten	42
IV. Die Landesplanung und ihre Aufgaben	44
V. Definition der Landesplanung	50
A. Definition Liver und andere	50
B. Kritik der Definitionen	51
VI. Der Heimatschutz in der Landesplanung	51
VII. Die Organisation der Landesplanung	53
VIII. Die Grenzen der Durchführung der Landesplanung	56
§ 4 Die Notwendigkeit und Grenzen des Heimatschutzes	57
I. Die Notwendigkeit der Eingriffe	57
II. Die Berechtigung der Eingriffe	57
III. Die Fragwürdigkeit der Durchsetzung	59
A. Ideell	59
B. Materiell	60

	Seite
1. Rechtlich	60
a) Der Begriff «zum Wohle der Allgemeinheit»	65
b) Das Ermessen	68
c) Die Ueberprüfbarkeit der Ermessensentscheide	75
2. Finanziell	76

Zweites Kapitel

Die Beschränkungen des Grundeigentums

§ 5 Das Eigentum nach schweizerischem Recht	78
I. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung	78
A. Der Eigentumsbegriff des gemeinen Rechtes	78
B. Der Eigentumsbegriff des deutschen Rechtes	79
C. Der Eigentumsbegriff nach schweizerischem Recht	79
II. Die Beschränkungen des Grundeigentums	81
A. Allgemeines	81
B. Im besondern	83
§ 6 Die öffentlich-rechtlichen Grundeigentumsbeschränkungen	86
I. Die Unterscheidung zwischen öffentlich- und privatrechtlichen Beschränkungen	86
A. Der Unterscheidungsgrund	86
B. Beschränkungen gemischter Art	87
C. Die Folgen der Unterscheidung	87
II. Die Beschränkungen und das Grundbuch	89

Drittes Kapitel

Die Kompetenz der Kantone zum Erlass öffentlich-rechtlicher Grundeigentumsbeschränkungen

§ 7 Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen	93
I. Der Vorbehalt von Art. 702 ZGB zu Gunsten der Kantone und Gemeinden	93
II. Die Kompetenz des Bundes und der Kantone	94
III. Die bundesrechtlichen Normen auf dem Gebiete des Heimatschutzes	94
IV. Die Kompetenz der Gemeinden	95

Viertes Kapitel

Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung

§ 8 Die Eigentumsgarantie und die Eigentumsbeschränkungen	98
I. Die Eigentumsgarantie der kantonalen Verfassungen	98
II. Die Enteignung	102
§ 9 Die Grenze zwischen gesetzlicher Eigentumsbeschränkung und expropriationsartigem Eingriff in das Grundeigentum	104
I. Das Problem	104
II. Verschiedene Abgrenzungstheorien	105
III. Die bundesgerichtliche Praxis zum Abgrenzungsproblem	107
IV. Schlussfolgerungen aus der bundesgerichtlichen Praxis	113
V. Zusammenfassung	114
VI. Kritik eines bundesgerichtlichen Sonderentscheides	116

LITERATURVERZEICHNIS

- Braunschweiler, Eingriffe in die freie Benutzung des Grundeigentums durch zwingendes kantonales Recht, Diss. Zürich 1942.
- Burckhardt, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. A. Bern 1931.
- Methode und System des Rechts, Zürich 1936.
- Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. A., Zürich 1944.
- Béguin, Questions juridiques concernant le plan d'aménagement, ZSR 1947, Heft 4.
- Egger, Kommentar zum ZGB, 2. A., Zürich 1930.
- Fehr, O., Die Verwaltungsrechtspflege im Kt. Zürich, Diss. Zürich 1941.
- Fleiner, Institution des Deutschen Verwaltungsrechtes, 8. A., Zürich 1930.
- Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Bd. Sachenrecht, Leipzig 1905.
- Giesker, Der rechtliche Heimatschutz in der Schweiz, Diss. Zürich 1909.
- Gutersohn, Harmonie in der Landschaft, Schriftenfolge der SVLP, Zürich, Schrift Nr. 1.
- Haab, Kommentar zum ZGB, IV. Bd. Sachenrecht, 2. A., Zürich 1929 — 1948, 1.—7. Lfg.
- Holstein, Die Lehre von den öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen, Berlin 1921.
- Homberger, Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, 2. A., Zürich 1938.
- Huber, E., Erl. zum Vor-Entw. eines Schweizerischen ZGB, Bern 1914.
- Huber, H., Nutzungsplan und Eigentumsgarantie, SJZ 41, 313.
- Planung und Eigentumsgarantie mit besonderer Berücksichtigung des Nutzungsplanes, Gutachten, unveröff. Manusk., Geographisches Institut Universität Zürich.
- Imboden, Die Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums, Separatabdruck aus SJZ, 40. Jg., Heft 18 und 19.
- Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. I., 3. A., Leipzig 1893.
- Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägungen, Tübingen 1913.
- Verwaltungsrecht, 3. A., Berlin 1931.
- Jöhr, E., Die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens, Diss. Zürich 1931.
- Kirchhofer, Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung, ZSR 1939, Heft 2.
- Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, ZSR 1930, Heft 1.
- Laun, von, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig 1910.
- Leemann, Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, 2. A., Bern 1920.
- Liver, Gesetzliche Grundlagen der Landesplanung, Referat, unveröff. Manusk., Geographisches Institut Universität Zürich, 1944.
- Meili, Landesplanung in der Schweiz, «Landes- und Regionalplanung», Zürich, Heft 1.
- Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927.
- Peter, Regional- und Landesplanung mit besonderer Berücksichtigung des Zürichseegebietes, Zürich 1941.
- Regionalplanung im Kt. Zürich, Zürich 1945.
- Reichlin, Rechtsfragen der Landesplanung, ZSR 1947, Heft 4.

- Reiss, Das Verbot der entschädigungslosen Enteignung als Schranke für den Gesetzgeber, Danziger jurist. Monatsschr. 5, 1926.
- Ruck, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2 Bde., 2. A., Zürich 1939 bis 42.
- Scheuner, U., Zur Frage der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, Verwaltungs-Archiv, Bd. 33 (1928).
- Sigg, Die Rechtsquellen des Natur- und Heimatschutzes, Jahrbuch vom Zürichsee 1944/45.
- Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, 1. A., Berlin 1902.
- Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, Leipzig 1924.
- Vogt, Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte, Diss. Zürich 1909.
- Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 4. A., Zürich 1940.
- Wieland, C. A., Der Denkmal- und Heimatschutz in der Gesetzgebung der Gegenwart. Programm zur Rektoratsfeier der Universität Basel, 1905.
- Winkler, E., Die Geographie in der schweiz. Landesplanung, Sonderdruck aus «Schweizer Geograph», Zürich 1942.
- Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe der Berliner jurist. Fakultät für Kahl, Tübingen 1923.

ERSTES KAPITEL

Die Stellung des Heimatschutzes im Recht

§ 1. DAS WESEN DES HEIMAT- UND NATURSCHUTZES

I. Einleitung

Ich möchte den Leser einladen, einige Zeitungen der letzten Jahre durchzublättern. Da und dort wird er auf Notizen stossen, die wie folgt betitelt sein können: «Die Verunreinigung des Zürichsees», «Um die Kirche von Möriken», «Eine neue Epoche im Zürcher Städtebau», «Der Obersee, ein landschaftliches Kleinod», «Um die Erhaltung des Märjelsees», «Gegen ein Kraftwerkprojekt am Brienzersee», «Die neue Bauordnung der Stadt Zürich», «Uferschutz im Kanton Zug» usf. Bei der näheren Lektüre stellen wir alsdann fest, dass es sich handelt um die Erhaltung einer alten Kirche, eines mittelalterlichen Städtchens oder einiger besonders bemerkenswert schöner Häuser, eines grandiosen Wasserfalles, eines Gletschers oder Alpsees, um den Schutz vor Landschaftsverunstaltung durch unpassende Bauten, durch Kiesgrubenanlagen, durch Kappen von Bäumen oder massenhaftes Pflücken von Pflanzen und Rodungen ganzer Waldteile uam. Immer sollen Interessenverletzungen verhindert werden. Im folgenden sei versucht, festzustellen, welches die Interessenobjekte und welcher Art die Interessen sind.

II. Heimat- und Naturschutz. Inhalt und Umfang der Begriffe

«Natur- und Heimatschutz»¹ oder umgekehrt ist bereits ein geläufiger Ausdruck geworden. So heisst es etwa, diese oder jene Frage

¹ Der Ausdruck «Heimatschutz» wurde 1897 in Deutschland gebildet. Vgl. «Heimatschutz», Zeitschrift der Schweizerischen Vereinigung für HS (SV f HS), zit. «HS», 1932, Heft 1, 32.

sei eine solche des Natur- und Heimatschutzes. Oder die HS-VO des Kt. Zürich² z. B. lautet: «VO betr. den Natur- und Heimatschutz». In ihrem § 4 ist die «Heimatschutzkommission» genannt, welcher Ausdruck durch RRB³ auf «Natur- und Heimatschutzkommission» umgeändert wurde. Im Hinblick auf die in der VO aber tatsächlich geregelte Materie ist diese Aenderung — namentlich hinsichtlich der hier behandelten Fragen — eine wichtige Tatsache.

Prima vista — und vielleicht vorerst noch etwas gefühlsmässig — will uns scheinen, dass Naturschutz und Heimatschutz verschiedene Dinge seien. Soll dieses Gefühl aber konkrete Form gewinnen, sollen also die beiden Begriffe gegeneinander abgegrenzt sein, so müssen vorerst die ihnen zugehörenden Interessenobjekte genannt werden.

Die Trennung geschieht, weil diese Arbeit nur die Eingriffe aus Gründen des HS behandeln soll. Abgesehen davon, dass die Eingriffe aus Gründen des NS, wie er später ausgeschieden werden soll, gering sind.

Noch aus einem anderen Grund soll die Trennung versucht werden: Weil das ZGB weder den einen, noch den andern Begriff gebraucht, sondern lediglich die Interessenobjekte aufzählt, wogegen kantonale und kommunale Rechtssätze einenteils die Begriffe gebrauchen, anderenteils ähnlich dem ZGB vorgehen. Will man aber jene Rechtssätze, die mit dieser Arbeit zusammenhängen, untersuchen, so müssen notwendigerweise deren Inhalt bekannt sein. Sei es, dass man weiss, was unter HS zu verstehen ist, sei es, dass bekannt ist, welche der in den Rechtssätzen genannten Interessenarten dem einen oder anderen Schutzgebiet zuzuweisen sind.

Art. 702 ZGB behält dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden vor, beschränkende Normen des Grundeigentums aufzustellen betr. das Forstwesen, die Erhaltung von Altertümern und Naturdenkmälern, die Sicherung der Landschaften und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und den Schutz von Heilquellen.

Art. 9 des Eidg. Expr. Ges vom 20. Juni 1930, verlangt, dass Naturschönheiten soweit als möglich zu erhalten seien. Die Werke seien so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild möglichst wenig störten.

Gleich oder sehr ähnlich lauten die entsprechenden Bestimmun-

² VO des RegR vom 9. Mai 1912; zit. HS-VO.

³ vom 29. I. 21, Prot. Nr. 234.

gen des BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (Art. 22), der VO des BR über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen vom 7. Juli 1933 (Art. 72) und eine gleiche VO vom gleichen Tag betr. elektrische Schwachstromanlagen (Art. 12).

Oder § 182 EG zum ZGB des Kt. Zürich ermächtigt den Regierungsrat zum Schutz und zur Erhaltung von Altertümern, Naturdenkmälern und seltenen Pflanzen, zur Sicherung der Landschaften, Ortschaftsbilder und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und zum Schutze der Heilquellen die nötigen Verfügungen zu treffen.

Die hierauf erlassene VO betr. den Natur- und Heimatschutz⁴ nennt unter ihrem I. Abschnitt — Naturschutz und Schutz des Landschaftsbildes — folgende Objekte: In der freien Natur befindliche Gegenstände, denen für sich allein oder in ihrem Zusammenhang ein wissenschaftliches Interesse oder ein bedeutender Schönheitswert zukommt, insbesondere aber:

Naturdenkmäler, wie erratische Blöcke, Felsgruppen, alte und seltene Bäume und dgl.,
prähistorische Stätten,
Heilquellen,
Aussichtspunkte und Landschaftsbilder.

Ueber die Baudenkmäler sagt die VO (II. Abschn.): «Es ist untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Erinnerungen knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, ohne Bewilligung ... zu beseitigen, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen oder der Allgemeinheit unzugänglich zu machen.»

Im III. Abschn. — «Schutz des Ortsbildes» — werden folgende Objekte genannt:

das Ortsbild,
einzelne Strassen, Plätze und Bauwerke von geschichtlicher oder ästhetischer Bedeutung.

Des weitern besteht ein Beschl des zürch. RegR vom 9. Mai 1935 betr. Wohnbauten im Waldgebiet. Darnach sind der Neubau, der Ausbau und die Erweiterung von Klubhütten, Wochenendhäusern, sowie Bauten jeglicher Art, die für Wohnzwecke eingerichtet oder

⁴ 10, Anm. 2.

geeignet sind, in Waldgebieten ohne vorherige Rodungsbewilligung untersagt. Zum Waldgebiet gehören auch Waldlichtungen und -blößen, die nicht als Kulturland genutzt werden. Ist eine Rodung nicht nötig, so ist vor Erstellung der Baubewilligung die Zustimmung der Volkswirtschaftsdirektion einzuholen.

Es gibt noch weitere Normen, welche den Pflanzen-, Jagd- und Vogelschutz, die Fischerei, das Forstwesen, Naturkörper, Altertümer und Kunstdenkmäler, das Plakat- und Reklamewesen und die öffentlichen Gewässer zum Gegenstand der Regelung haben ⁵.

A. Die Interessenobjekte

1. Der Pflanzenschutz: ⁶

Geschützt sind eine ganze Reihe von Pflanzen, auch solche, die nicht im Kt. Zürich wachsen. Wichtig für die hier angestellten Betrachtungen zur Unterscheidung von Naturschutz und Heimatschutz ist § 2: «Das massenhafte Pflücken von Blumen, Baumblüten und Zweigen, wodurch der Bestand der betreffenden Pflanzenarten gefährdet oder das Landschaftsbild gestört wird, ist verboten.» Und § 5: «Die Rechte von Privaten an Grund und Boden werden durch diese VO nicht eingeschränkt.»

2. Jagd- und Vogelschutz: ⁷

Daraus ergeben sich die jagdbaren, die dauernd und die nur temporär geschützten Säugetiere und Vögel.

3. Fischerei: ⁸

Alle genannten Gesetze, Verordnungen und Verfügungen haben in ihren Normen den Schutz des Fischbestandes, sowie auch das sog. humane Fischen zum Gegenstand.

⁵ Vgl. Sigg, Die Rechtsquellen des Natur- und Heimatschutzes, Jahrbuch vom Zürichsee, (Stäfa) 1944/45, 258.

⁶ VO RegR betr. den Pflanzenschutz vom 29. Januar 1921.

⁷ BG über Jagd- und Vogelschutz vom 10. Juni 1925. Ges des Kt. Zch. über Jagd- und Vogelschutz vom 12. Mai 1929.

⁸ BG betr. die Fischerei vom 21. Dezember 1888; Ges des Kt. Zch. betr. die Fischerei vom 29. März 1885; VO RegR zum vorgenannten; usf.; vgl. Sigg a. a. O., 264.

4. Forstwesen: ⁹

Die erwähnten Gesetze schützen die Wälder in ihrem Bestand und in ihrer Gesundheit als Schutzwaldungen, Klimaregler, Nutzholzlieferanten usw.

5. Naturkörper, Altertümer und Kunstdenkmäler: ¹⁰

Nur die Bestimmungen sollen zitiert werden, welche der Abgrenzung der beiden Begriffe dienen. § 2 zählt als Naturkörper auf: alle Mineralien, Versteinerungen tierischer und pflanzlicher Art, Früchte, Samen und pflanzliche Objekte überhaupt, ferner Skelette und andere Ueberreste von Menschen und Tieren. Unter die Altertümer reiht es: alle Erzeugnisse menschlicher Tätigkeit aus früheren Zeiten, gleichgültig aus welchem Stoffe sie hergestellt sind.

6. Plakat- und Reklamewesen:

Viele Gemeinden ¹¹ haben, gestützt auf § 6 der HS-VO das Plakat- und Reklamewesen durch besondere VO geregelt. In allen anderen gilt § 2 der HS-VO, Abs. 2: «Demgemäss sind insbesondere ... die Anbringung oder der Fortbestand von Reklametafeln, Aufschriften, Schaukästen, Lichtreklamen und dgl. dann untersagt, wenn dadurch die auf Seite 3 genannten Objekte in ihrem Bestand bedroht, verunstaltet, in ihrer Erscheinung beeinträchtigt oder der Allgemeinheit entzogen würden.»

7. Spezielle Vorschriften für öffentliche Gewässer: ¹²

Erwähnt sei § 58, welcher verlangt, dass Erstellung von Landanlagen oder Seebauten dann zu untersagen sind, wenn dadurch eine rationelle und ästhetische Ausgestaltung der Ufer verunmöglicht würde.

Darüber hinaus sind verschiedene Seen des Kantons durch spezielle VO geschützt. Es erübrigt sich, hier auf diese einzutreten, da sich daraus keine neuen Gesichtspunkte ergeben.

⁹ BG betr. die Oberaufs. des Bundes über die Forstpol. vom 11. September 1902; Ges des Kt. Zch. betr. das Forstwesen vom 28. Juli 1907.

¹⁰ Art. 724 ZGB; Regl. RegR über die Behandlung der Funde von Naturkörpern und Altertümern im Kt. Zch. vom 23. März 1929; usf.; vgl. Sigg, 266.

¹¹ Aufzählung von 64 zürch. Gemeinden bei Sigg, 269.

¹² Eidg. WasserbauGes.

Mit dieser Aufzählung — sie ist durchaus nicht vollständig —, die vielleicht pedantisch wirken mag, ist der Ausgangspunkt für die weitere Betrachtung, sowie sie in der Einleitung skizziert wurde, gewonnen. Die Interessenobjekte sind bekannt. Die verschiedenen Arten von Interessen können nunmehr aufgezählt werden. Zugleich soll eine Definition dieser Interessen versucht werden:¹³

B. Die Interessen

1. *Das ästhetische Interesse:*

Es beruht auf blosser Anschauung und ist auf gefällige Eindrücke gerichtet.

2. *Das kulturelle Interesse:*

Es ist gerichtet auf die Erhaltung und Förderung der Gesamtheit der Lebensäußerungen des Volkes, die seinen Rang in der Gesittung bestimmen.

3. *Das geschichtliche Interesse:*

Es ist gerichtet auf das Wissen aller Geschehnisse aus Werdegang und Entwicklung der Welt.

4. *Das patriotische Interesse:*

Es ist gerichtet auf die Vaterlandsliebe und die Erhaltung der politischen Struktur auch in ihren materiellen Erscheinungen.

5. *Das religiöse Interesse:*

Es ist gerichtet auf die Erhaltung aller Dinge, die eine praktische, nicht nur gedankliche Beziehung zur übersinnlichen Macht darstellen zum Zwecke der Gottesverehrung.

¹³ Vgl. Giesker, Der rechtliche Heimatschutz in der Schweiz, Diss. Zürich, 1909. Diese vorzügliche Monographie enthält zwar z.T. die gleiche Interessenaufzählung (4 ff.), verwendet jedoch nachher nur noch das geschichtliche und das ästhetische Interesse, da der Begriff des HS viel enger gefasst wurde, während die vorliegende Arbeit auf eine wesentliche Ausdehnung tendiert. Dem entsprechend nennt Giesker als Schutzgebiete: Denkmalschutz (nicht nur im Sinne von Statuen), Kunstschutz, Naturschutz, Heimatschutz (96 ff., sowie Untertitel auf Umschlag). Hier aber soll nur zwischen HS und NS unterschieden werden.

6. *Das wissenschaftliche Interesse:*

Dasselbe hat zum Inhalt die Aufgabe, Einheit und Zusammenhang in unsere Erkenntnis zu bringen ¹⁴.

7. *Das ökonomische Interesse:*

Es ist gerichtet auf die Erhaltung und Förderung aller Erscheinungen und alles Bestehenden, das von volkswirtschaftlichem Nutzen ist.

All diese Interessen erscheinen im allgemeinen Begriff des Natur- und Heimatschutzes. Sie treten nur selten in reiner Form zu Tage; meist sind sie in einem Tatbestand vermischt und recht schwer auseinanderzuhalten «und deshalb gerade erachten wir die vorangegangene Analyse für notwendig, denn die Redaktoren der einschlägigen Rechtssätze, sowie auch die Urheber einzelner Schriften und Artikel, welche sich von juristischer, geschichtlicher oder kunstwissenschaftlicher Seite auf unsere Materie beziehen, bemühen sich zum grossen Teil, die einzelnen Interessen, welche die Basis aller Normen bilden, miteinander zu vermischen ¹⁵.»

Dabei ist allerdings zu merken, dass es nicht die Unfähigkeit z. B. des Gesetzgebers sein mag, die einzelnen Interessen zu unterscheiden, als vielmehr die Tatsache, dass auf dem Gebiete des N- und HS diese Interessen zum Teil intensiv miteinander verbunden sind. Daher rührt auch der unbefriedigende Zustand, dass die beiden Begriffe NS und HS nicht scharf, anhand von brauchbaren Kriterien, auseinandergehalten werden.

Nachdem nun mittels der interessierenden Normen die verschiedenen Interessenobjekte gefunden und daraus die verschiedenen Interessenarten abgeleitet wurden, kann auf diesem gewählten Weg versucht werden, die Begriffe zu trennen.

III. Die Trennung der Begriffe

War die Kristallisierung der Interessenarten ein logisches Prozedere, so ist die Zuweisung derselben zu den beiden Begriffen ein praktisches. Denn nicht die wissenschaftliche Arbeit kann und darf hier *v o r a u s g e h e n d* bestimmen, welche Interessen dem einen

¹⁴ Vgl. Wundt, Einleitung in die Philosophie, 4. A. 1906, 17.

¹⁵ Giesker, 9.

oder anderen Schutzgebiet zugehören sollen (die logischen Kriterien hiezu fehlen), sondern sie hat anhand aller Massnahmen, die im Interesse des N- oder HS geschehen zu bestimmen, welcher Art diese Interessen sind. Da diese nunmehr bekannt sind, kann n a c h f o l g e n d bestimmt werden, ob diese oder jene Massnahme, dieses oder jenes Schutzobjekt dem N- oder HS zugehörig sei oder nicht.

Wenn es auch scheinen mag, dass man auf diesem Wege verhältnismässig einfach zum gesteckten Ziel gelangt, so werden doch Schwierigkeiten auftauchen. Diese liegen aber weder bei den Kriterien — den aufgezählten Interessenarten — noch bei den oft ungenügend umrissenen Interessenobjekten, als vielmehr in einer teilweisen Inkonsequenz aller jener natürlichen und juristischen Personen, welche sich mit den verschiedenen Schutzgebieten befassen. Gerade die postulierten Ziele und zur Feststellung der genannten Inkonsequenz auch die t a t s ä c h l i c h i n S c h u t z genommenen Objekte müssen als Ausgangspunkt für die Trennung der beiden Begriffe dienen.

A. Die postulierten Ziele der Schweizerischen Vereinigung für Heimatschutz

(Ligue pour la conservation de la Suisse pittoresque) ¹⁶

Satzungen der SVfHS ¹⁷ vom 11. März 1906 ¹⁸.

1. Zweck ist, die Schweiz in ihrer natürlichen und geschichtlich gewordenen Eigenart zu schützen. Die Vereinigung stellt sich namentlich folgende Aufgaben:

- a) Schutz der landschaftlichen Naturschönheiten vor jeder Art von Entstellung und gewinnsüchtiger Ausbeutung.
- b) Pflege der überlieferten ländlichen und bürgerlichen Bauweise; Schutz und Erhaltung charakteristischer Bauten.
- c) Förderung einer harmonischen Bauentwicklung.
- d) Erhaltung der heimischen Gebräuche und Trachten, Mundarten und Volkslieder.
- e) Belebung der einheimischen Kunstgewerbetätigkeit.
- f) Schutz der einheimischen Tier- und Pflanzenwelt vor Ausrottung.

¹⁶ Den Satzungen entnommen.

¹⁷ Die Satzungen geben als offizielle Abkzg.: SVfHsch.

¹⁸ erste Fassung 1905.

- g) Schutz volkstümlicher Theaterbestrebungen unter dem Namen «Schweizerisches Heimatschutz-Theater¹⁹».

Zur Ergänzung sei noch § 2 aus den Statuten der zürcherischen Sektion der Schweiz. Vereinigung angeführt: «Zweck der Vereinigung ist der Heimat-, Denkmal- und Naturschutz in seinem weitesten Sinne.» (Im weiteren lauten die Statuten inhaltsmässig gleich wie die vorgenannten.)

B. Die tatsächlichen Leistungen der Vereinigung²⁰

Die nachfolgende Zusammenstellung soll eine Dokumentation zu den in den Statuten vorgezeichneten Zielen sein.

- a) Kampf gegen die Errichtung eines Restaurationsbetriebes am Märjensee; gegen eine Bahnlinie am Rütli vorbei; gegen die Veränderung der äusseren Gestaltung der Natur im Zusammenhang mit der Nutzbarmachung der Wasserkkräfte; gegen das Plakatunwesen; gegen das Aufstellen zahlreicher Auto-
wegweiser.
- b) Bestrebungen zur Erhaltung der Bauernhäuser mit Strohdächern; zur Abänderung der appenzellischen feuerpolizeilichen Vorschriften zur Beibehaltung der althergebrachten Schindelverkleidung; zur Erhaltung eines charakteristischen Winzerhäuschens am Genfersee; zur Erhaltung einer Kirche oder Kapelle.
- c) Kampf gegen die Verbauung der Seeufer; gegen künstliche Seeufer und Errichtung von Quaianlagen; gegen das «Zusammenwachsen» einzelner Gemeinden (namentlich an Seeufern).
- d) Schaffung einer Abteilung innerhalb der Vereinigung, die das Tragen von Trachten wieder zum Aufleben bringen soll.
- e) Gründung der SHS-Verkaufsgenossenschaft und Uebernahme des Protektorates. Diese Genossenschaft ist ein Zusammenschluss von Künstlern, Kunstgewerblerinnen und Heimarbeitern zum Verkauf mustergültiger Reiseandenken. Durchführung von Ausstellungen mit Gegenständen heimischer Handwerkskunst. Errichtung des «Schandpfahls» an der Landesausstellung 1939 gegen allen Kitsch.

¹⁹ in einem späteren Zeitpunkt (ca. 1914) hinzugefügt.

²⁰ Zusammenstellung aus den Geschäftsberichten der schweiz. und zürch. Vereinigung, sowie aus «HS», alle Jahrgänge bis 1947.

Die unter B. aufgeführten Leistungen stimmen mit den unter A. genannten Zielen der Vereinigung überein. Hiebei wird auffallen, dass zu f) keine Dokumentation gegeben wurde. Dies geschah absichtlich. Erst nach der Darstellung des Naturschutzes soll im Zusammenhang darauf zurückgekommen werden. Noch sei hinzugefügt, dass sich Beispiele zu g) erübrigen ²¹.

C. Die Ziele des Schweizerischen Bundes für Naturschutz

(Ligue Suisse pour la protection de la Nature) ²²

Statuten des S.B.N. ²³

Art. 2. Er bezweckt:

- a) Die Förderung der Naturschutzbestrebungen und des Naturschutzgedankens in der Schweiz.
- b) Die Beschaffung der finanziellen Mittel für die Erhaltung, den Unterhalt, die Beaufsichtigung und die Verwaltung des schweizerischen Nationalparkes im Unterengadin.
- c) Die finanzielle Unterstützung der wissenschaftlichen Erforschung des Nationalparkes sowie anderer Naturschutzgebiete.
- d) Die Schaffung und Erhaltung anderer Naturschutzgebiete sowie nach Möglichkeit die moralische und materielle Unterstützung aller Bestrebungen, die der Erhaltung von Naturdenkmälern und landschaftlichen Schönheiten der Heimat gewidmet sind.
- e) Die Erstattung von Gutachten auf allen Gebieten des Naturschutzes zuhanden von Behörden.

Per analogiam zur Darstellung des HS sollte hier gleichfalls eine Dokumentation der tatsächlichen Betätigung des S.B.N. folgen; doch glaube ich darauf verzichten zu können, da die Ziele aus den Statuten leichter erkennbar sind und auch begrifflich keine Schwierigkeiten bieten; einzig Art. 2. d) II. Teil bedarf der näheren Untersuchung; stellt er doch gerade das verwischendste Element der Begriffe von H- und NS dar und entspricht hierin durchaus § 1 f) der Satzungen der SVfHS. Wie bereits angetönt, sollen nunmehr die beiden soeben genannten §-Teile und besonders Schutzobjekte aus

²¹ Diese Zielsetzung berührt das Thema der Arbeit nicht.

²² Untertitel der Zeitschrift des schweiz. Bundes für Naturschutz.

²³ Offizielle Abkzg. des Bundes.

dem Grenzgebiet zwischen H- und NS im Zusammenhang behandelt werden. Vorausgehend sei das Resultat aus den bisherigen Betrachtungen gezogen, d. h. geprüft, welche Interessenarten dem einen und dem anderen Schutzgebiet eigen sind. Das Resultat kann noch kein vollständiges sein; denn die im vorletzten Satz genannten §-Teile sind noch nicht in die Untersuchung miteinbezogen.

Durchgeht man aufmerksam die Statuten der SVfHS, sowie die aufgeführte Dokumentation hiezu (9, a) ff.), so erkennt man folgende, dem HS eigene Interessen, wobei wiederholend zu betonen ist, dass diese Interessen selten unvermischt vorkommen: (15)

ästhetische
kulturelle
patriotische
geschichtliche
religiöse und
volkswirtschaftliche Interessen;

demgegenüber ergeben sich auf gleichem Wege für den NS die folgenden Interessen:

kulturelles und
wissenschaftliches Interesse.

D. Die Trennung der Begriffe

Vergleicht man diese Interessenreihen miteinander, so ergibt sich hinsichtlich eines Interesses, nämlich des kulturellen, eine Uebereinstimmung. Damit aber wäre auch eine Trennung der Begriffe nicht mehr lückenlos. Jedoch, diese Uebereinstimmung ist nur eine scheinbare. Denn hinsichtlich des HS erweist sich, dass das zur scheinbaren Uebereinstimmung führende Interesse kein rein kulturelles, sondern näher zu präzisieren ist, als ein kulturgeschichtliches und kulturästhetisches. Andererseits enthält Art. 2. a) der Statuten des S.B.N. gleichfalls nicht das n u r kulturelle Interesse, sondern es ist vielmehr als ein kultur-wissenschaftliches zu bezeichnen. Auf diesen Punkt soll später noch eingetreten werden.

Notwendig ist vielleicht noch, auf Art. 2. b) einzutreten.

Dieser verkörpert kein Interesse in unserem Sinn, sondern ist ein internes, finanzielles Interesse zur Erreichung und Sicherung des ursprünglichsten Zieles des S.B.N., nämlich der Schaffung einer totalen, eidgenössischen Reservation.

Kehren wir nunmehr zurück zu § 1 f) der Satzungen der SVfHS: «Schutz der einheimischen Tier- und Pflanzenwelt» und Art. 2. d) der Statuten des S.B.N.: «... sowie nach Möglichkeit die ... Unterstützung aller Bestrebungen, die der Erhaltung ... von landschaftlichen Schönheiten der Heimat gewidmet sind.» Es ist augenfällig, dass wir nach den bisherigen Untersuchungen die beiden fraglichen Statutenabsätze den zwei Schutzorganisationen gerade umgekehrt zuweisen müssten. Da sich nun aber einmal der HS eines Interesses satzungsmässig annimmt, das nach den bisherigen Betrachtungen von zu Hause aus ins Gebiet des NS fällt und der S.B.N. seinerseits umgekehrt dasselbe tut, müssen wir uns eben mit der Abklärung befassen. Und zu dieser Untersuchung sollen helfen: Die tatsächliche Betätigung des S.B.N. und die nähere Betrachtung der Reihenfolge der Zielsetzung der beiden Organisationen. Daraus wird sich das tatsächlich Gewollte ergeben. Und das tatsächlich Gewollte, bestätigt durch die tatsächliche Schutztätigkeit und in dieser das ursprünglichste Interesse muss für uns massgebend in der Abgrenzung zwischen H- und NS sein. Das wirklich Geschehene und nicht die ideelle Theorie, verbunden mit unklarem Ziel, soll uns hier wegleitend sein.

Hinsichtlich der Reihenfolge der beiden fraglichen Statutenteile stellen wir eine Gemeinsamkeit fest: Sie sind beide am Schluss aufgeführt. Diese Rangordnung war von den Redaktoren wohl beabsichtigt. Für beide gilt, dass sie nicht das ursprünglichste Gewollte verkörpern.

Wenn also die SVfHS den Schutz der einheimischen Tier- und Pflanzenwelt vor Ausrottung in ihrem Programm hat, so tut sie es nicht aus wissenschaftlichem Interesse und unterscheidet sich hierin wesenshauptsächlich vom Naturschutz. Abgesehen davon, dass mit dem Ausdruck «vor Ausrottung» wohl zu weit gegriffen wurde. Diese Gefahr besteht nur für eine beschränkte Anzahl von Tieren und Pflanzen und an jener ist der S.B.N. erstlich interessiert, weil er ein wissenschaftliches Interesse an der Verhinderung der totalen Vernichtung hat. Ein wissenschaftliches Interesse aber macht die SVfHS gar nicht geltend; weder in der Zielsetzung, noch in den tatsächlichen Bestrebungen. Vielmehr, der Hauptgrund für diese Zielsetzung ist die Erhaltung der Tier- und Pflanzenwelt aus dem Grund, weil die Tiere und Pflanzen in ihrer natürlichen Umgebung den Men-

schen erfreuen, ihr Anblick eine angenehme Empfindung, einen gefälligen Eindruck vermitteln.

Der Hauptgrund ist das ästhetische Interesse. Speziell aber, wenn sich die Vereinigung für die Erhaltung beispielsweise der Nussbäume einsetzt, so ist das zwar Pflanzenschutz, aber gleichfalls dem ästhetischen Interesse entspringend; denn Nussbäume gehören zu den grossartigsten Bäumen in ihrer Schönheitswirkung. Ferner, wenn die Vereinigung gegen gewisse Kraftwerkprojekte kämpft, welche die Trockenlegung der Flüsse zur Folge haben, und alle diesbezüglichen Bemühungen unter dem Titel Naturschutz laufen lässt, so will sie hiermit bestimmt kein Interesse an der Erhaltung des Fischbestandes geltend machen, (auch das wissenschaftliche Interesse an den Fischen fehlt) sondern sie kämpft dagegen, weil die Trockenlegung das Landschaftsbild verändert. Darin liegt aber gleichfalls nur das ästhetische Interesse. Oder weiter, wenn sich die zürch. Sektion der SVfHS für die Erhaltung einer uralten Dorflinde (Oerlikoner-Linde) einsetzt und hiezu ein wissenschaftliches Gutachten einholt, so wird auch damit um eine Pflanze gekämpft; ein wissenschaftliches Interesse hat die Sektion nicht (sie will nur abklären, ob der Baum überhaupt noch lange leben kann), sondern ein ästhetisches, eventuell geschichtliches. Oder wenn sich die gleiche Sektion gegen die Absenkung des Katzensseespiegels wendet und ein Gutachten der kant. zürch. Natur- und Heimatschutzkommission einholt ²⁴, so deshalb, weil durch die Absenkung das Uferbild an landschaftlichem Reiz wesentlich verlieren würde. Das ist wiederum das ästhetische Interesse, auch wenn das Gutachten ergibt, dass durch die Absenkung Teile der Unterwasser- und Sumpfflora absterben müsste, und damit das wissenschaftliche Interesse betont.

Wir finden somit als Grundsatz: Das wissenschaftliche Interesse unterscheidet den Natur- vom Heimatschutz.

Umgekehrt soll nun der Programmpunkt aus Art. 2. d) der Statuten des S.B.N., wonach alle Schutzbestrebungen für landschaftliche Schönheiten zu unterstützen sind, näher betrachtet werden. Vorausgehend ist es nötig, einen kurzen Ueberblick über die Entstehung und das Wesen des Naturschutzes zu geben. Dazu soll ein Aufsatz

²⁴ Eingesetzt auf Grund von § 4 HS-VO durch Regulativ betr. die Einsetzung und die Tätigkeit der Heimatschutzkommission (vom 31. Mai 1912); vgl. Anm. 3, 10.

von Dr. A. Nadig²⁵ dienen, der mir am geeignetsten scheint. Auszugsweise sei zitiert: Nationalpark, Naturschutz, Naturforschung. Von diesen dreien ist die Naturforschung die erste und älteste. Aus ihr entsprang der Naturschutz und aus diesem der Nationalpark. So hat sich um die letzte Jahrhundertwende der Naturschutzgedanke herauskristallisiert und gebildet und zwar keineswegs als «Volksbewegung», sondern in einem eng begrenzten, wissenschaftlichen^{25a} Kreise. Die Grundlage zur Schöpfung des Nationalparkes bildeten wissenschaftliche Neuströmungen und Erkenntnisse. Der modernen Naturkunde war es vorbehalten, die Einzelarbeit vorausgegangener Epochen mit ihrem in systematischer Kleinarbeit gewaltig angehäuften Detailwissen zu einem Ganzen, zu einem Gesamtbild zusammenzufügen. Das heisst: die Erkenntnis reifte, dass das, was uns in der freien Natur in Form einer regional bestimmten Pflanzenwelt und Tierbesiedlung entgegentritt, nicht als buntes, zufälliges Nebeneinander einzelner Organismen betrachtet werden darf, dass vielmehr im Laufe der Jahrtausende Lebensgemeinschaften (Biosphären) in ganz bestimmter Abfolge entstanden waren, deren vielgestaltige Glieder, durch unsichtbare Lebensfäden verknüpft, zu einem harmonischen Ganzen verschmolzen. In logischem Gedankengang ergab sich hieraus, dass der Naturschutz sich nicht nur auf die zersplitterte Betreuung isolierter Raritäten beschränken durfte, sondern sich grosszügiger als bisher die Erhaltung und Hortung ganzer Landschaften einschliesslich ihrer typischen floristischen und faunistischen zur Aufgabe machen musste. Gleichwertig und parallel zur wissenschaftlichen Forschung verläuft als zweite Richtlinie die ethische Grossaufgabe des Nationalparkes: die Verkörperung des Naturschutzgedankens. Ethisch hoch bedeutsam ist der Eindruck, der sich der menschlichen Seele einprägt, das Erlebnis, dass man wirklich ein Gebiet schafft, wo der liebe Ich-Mensch nur so weit Rechte besitzt, als er die übrigen Wesen nicht stört, und dass es Wirklichkeit ist, dass dieser oder jener es vermochten, ein kleines Lebenslichtlein vor dem Auslöschen zu bewahren. Und dieser Gedanke wird in der menschlichen Seele weiter gesponnen werden: im ganzen Nationalpark werden heute viele Wanderer viele Kleinleben

²⁵ Der Nationalpark im Lichte von Naturschutz und Naturforschung; «Schweizer Naturschutz», Zeitschrift des S.B.N. (Basel), XII - Nr. 3, August 1946, 70 ff.

^{25a} vom Autor gesperrt.

retten. Könnte und sollte man das nicht auch draussen, ausserhalb des Nationalparkes tun?

Gleichfalls wiedergeben möchte der Schreibende auszugsweise die Zusammenfassung: «Unser Nationalpark ist primär und seiner Entstehung nach samt unserer gesamten Naturschutzbewegung eine Frucht naturwissenschaftlichen Denkens und Erkennens. Gleichzeitig aber bildet der schweizerische Nationalpark das Zentrum und Bollwerk für den volkstümlichen Naturschutz. Seine Entwicklung verläuft absolut parallel mit den Naturschutzbestrebungen der Wissenschaft. Sein Ziel ist die Verankerung des Naturschutzgedankens in der Schweizerjugend auf dem Wege der Erziehung und Schulung. Aber auch die Verbreitung des tiefsten, ethischen Gehaltes des Naturschutzes in der ganzen Bevölkerung. In den Dienst dieser Sache hat sich der Schweizerische Bund für Naturschutz gestellt.»

Wenn sich also der S.B.N. gegen Meliorationen, Gewässerkorrekturen, Flussbegradigungen, Uferverbauungen, die Anforderungen der Elektrizitätswirtschaft, die Gewässerverunreinigungen zur Wehr setzt, so geschieht dies nicht aus ästhetischen oder anderen, dem HS wesenseigenen Interessen, sondern vielmehr aus wissenschaftlichen heraus. Oder, wenn er sich z. B. gegen die unzähligen Sesselbahnen und Skilifte wehrt, die das Landschaftsbild verunstalten, so ist es nicht primär der ästhetische Gesichtspunkt, sondern weil diese Konstruktionen mit ihrer Naturschändung als Folge gegen das ethische Naturempfinden verstossen.

Wenn sich aber dieser Bund für die Erhaltung des Silsersees einsetzt, als die «lichteste Perle» aller Schweizerbergseen, so geschieht es «freilich mehr um des Aesthetischen»²⁶ willen und muss als reiner Heimatschutz bezeichnet werden. Es ist klar, dass in solchen Fällen der Schutzfähigkeit nicht massgebend sein darf, welche Organisation sich mit dem betr. Objekt befasst, sondern aus welchen Interessen heraus der Schutz angestrebt wird. Ueberhaupt gilt, dass für uns nicht die Benennung des Schutzes, sondern der Interessenursprung des Schutzes massgebend ist.

Mit diesen Betrachtungen sei die Unterscheidung von H- und NS zu Ende gebracht. Und mit den vorstehenden Untersuchungen

²⁶ Dr. A. Nadig, a. a. O. 73, hier gesperrt.

glaubt der Schreibende den Versuch als gelungen, die Begriffe H- und NS zu trennen. Wenn aber behauptet wird zwischen H- und NS könne kein Unterschied gemacht werden, so hat diese Behauptung ihren Ursprung in den beiden folgenden Tatsachen:

Einmal, dass die Ausdrücke Heimat- und Naturschutz in bezug auf eine betr. Materie meist zusammen genannt werden (abzusehen ist natürlich von Titeln in Gesetzen, die tatsächlich beide Gegenstände regeln), wobei gar nicht überlegt wurde, ob sie wohl zwei verschiedene Dinge bedeuten könnten. Uebersdies wurde der Versuch zu einer Trennung gar nie ernstlich versucht oder konsequent durchgeführt. Zwar hat Giesker in seiner vorzüglichen und grundlegenden Arbeit als Erster den NS ausserhalb des HS zu stellen versucht, verwendet aber in der Interessenabgrenzung selbst wiederum den Ausdruck «Natur»²⁷. Ich glaube aber, dass es nicht ganz richtig ist, in einer Begriffsbestimmung den zu definierenden Begriff selbst wieder zu verwenden. Uebersdies lässt Giesker auch im Naturschutz das ästhetische Interesse gelten (s. Anm. 27).

Und zum zweiten im folgenden: Jeder Begriff bezieht sich immer auf einen Gegenstand. Die Anzahl der zu einem Begriff gehörenden Gegenstände bezeichnet den Umfang des Begriffes. Je grösser nun der Umfang eines Begriffes ist (je mehr Gegenstände er also umfasst), desto allgemeiner ist er. Mit anderen Worten: Sowohl der HS als auch der NS können, wie bisher mehrfach festgestellt wurde, den gleichen Gegenstand, das gleiche Interessenobjekt zum Gegenstand ihrer Schutztätigkeit haben. Materiell fallen sie dann zusammen; da aber der Ursprung der Interessen H- und NS unterscheidet, fallen sie formell nicht zusammen.

Abschliessend sei festgehalten, was für diese Betrachtungen stets gelten muss: Weder die Bezeichnung, noch die Benennung der mit einem Schutzobjekt sich befassenden Organe unterscheidet H- und NS, sondern nur und nur der tatsächliche Wille, das tatsächliche Interesse.

²⁷ Unter Naturschutz wird die Summe derjenigen Rechtsmassregeln verstanden, welche das (natur-) geschichtliche und ästhetische ... Interesse insoweit wahren, als es sich auf Bildungen der Erdoberfläche bezieht, die nicht von Menschenhand herrühren. (97).

IV. Die Publizität des Heimatschutzes

Bis anhin war von den verschiedenen Interessen die Rede, welche dem HS eigen sind. Diese Interessen aber finden sich in einer ganzen Reihe von Gesetzesnormen. So z. B. im Erbrecht Art. 613 I, oder im Nachbarrecht Art. 684, 685, 692. In allen diesen und weiteren Normen geht es aber um den Schutz privater Interessen. Demgegenüber spricht Art. 702 ZGB ausdrücklich vom *allgemeinen Wohl*²⁸. Das Interesse eines Einzelnen reicht also nicht aus, um die in Art. 702 genannten Beschränkungen des Grundeigentums auszulösen²⁹. Umgekehrt ist die Allgemeinheit³⁰ an den Interessen aus den oben genannten Normen des Zivilrechts in der Regel nicht interessiert. Diese privaten Interessen dürfen aber m. E. nicht zum HS gerechnet werden. Es sind auch keine Normen und keine Literatur zu finden, die ihm private Interessen zurechneten. Freilich kann es sein, dass sowohl der Nachbar, als auch die Oeffentlichkeit ein Interesse an der Beseitigung einer lästigen Immission haben. Der betroffene Private wehrt sich dagegen mit Hilfe ihm zustehender privat-rechtlicher Schutznormen, macht aber nicht HS-Interessen geltend; wogegen die Oeffentlichkeit die öffentlich-rechtliche Schutznorm in Anspruch nehmen muss und HS geltend macht. In solchen Fällen treffen sich privatrechtliche und HS-Interessen lediglich im gleichen Objekt, ohne dass deswegen die Privatinteressen mit dem HS identifiziert werden könnten³¹. «Es ist eine Tatsache, welche sich aus dem praktischen Leben und nicht aus juristischer Konstruktion ergibt, dass zu diesem Gebiete nur öffentliche Interessen gezählt werden».³²

Eine weitere Tatsache mag diese Auffassung erhärten: Der Art. 702 steht unter dem Titel «Oeffentlich-rechtliche Beschränkungen». Damit stellt er die in ihm enthaltenen Interessen unter öffentlich-rechtlichen Schutz. Dieser aber fehlt denjenigen aus ZGB 684 ff. Und daran soll festgehalten werden: Die öffentlichen Interessen werden durch das öffentliche Recht, die privaten Interessen durch das Pri-

²⁸ Hier (vorläufig) zu ersetzen durch «öffentliches Wohl» oder «öffentliches Interesse».

²⁹ BGE 64 II 345.

³⁰ Auch (vorläufig) Oeffentlichkeit.

³¹ So auch Giesker, 11.

³² Anm. 31.

vatrecht geschützt. Und nur diese, durch das öffentliche Recht geschützten Interessen werden zum HS gerechnet ³³.

Eine andere Frage ist aber, inwieweit die öffentlichen Interessen in HS-Fragen mit denjenigen öffentlicher Verbände zu identifizieren sind. Ganz allgemein sind zwar die öffentlichen Interessen solche des Bundes, der Kantone und der Gemeinden. Auch bei allen HS-Interessen ist es zwangsläufig so; denn da es sich um öffentliche handelt, müssen sie auch von einem öffentlichen Verband vertreten werden. Hier aber interessiert nicht so sehr die Frage, wer letztlich die aus den (öffentlichen) HS-Interessen entspringende Schutztätigkeit durchführt und sich daher mit diesen identifiziert; als vielmehr, wer tatsächlich, ursprünglich diese Interessen geltend macht. Oder anders ausgedrückt: Nicht wer Ausführender, sondern wer Träger der Interessen ist; nicht so sehr die Qualität, als vielmehr die Quantität interessiert in diesem Zusammenhang. Diese Frage nach der «Oeffentlichkeit» im HS soll erst später (§ 4) behandelt werden.

§ 2 DIE HEIMATSCHUTZBESTREBUNGEN IN DER SCHWEIZ

I. Einleitung: Entstehung und Entwicklung des Heimatschutzes

Eine möglichst vollständige kulturgeschichtliche und rechtsgeschichtliche Darstellung zu geben, liegt nicht im System dieser Arbeit. Nur die wichtigsten Materialien aus der neuesten Vergangenheit sollen dargelegt werden. Hinsichtlich des Ursprungs und der Entwicklung des HS bis zum Ende des 19. Jahrhunderts sei auf die grundlegende Arbeit Giesker verwiesen, welcher bereits im römischen Recht einige ästhetische Interessen feststellt (99 ff.).

³³ § 167 zürch. EG z. ZGB: Der Eigentümer eines Wohnhauses oder Gartens kann Einsprache erheben gegen die Aufstellung von Firmentafeln, Reklamebildern und dgl. auf dem Nachbargrundstück, wenn sie die freie Aussicht benehmen oder die Umgebung verunstalten.

Eine klassische HS-Norm, handelte es sich nicht um nachbarliche (private) Interessen. Unbefriedigend wirkt der Hinweis auf die Verunstaltung: Tritt durch die Errichtung der Reklame eine solche ein, so ist die Allgemeinheit an der Beseitigung interessiert. Ferner ist die Gefahr gross, dass der Eigentümer des nachbarlichen Grundstückes unter Vorschützung (öffentlich-rechtlicher) HS-Interessen die Beseitigung verlangt, da die Aussichtsverdeckung zur Klage nicht ausreichte (ZGB Art. 2, II!), obgleich für ihn die Verunstaltung (nachbarrechtlich) nicht wesentlich ist. — Vgl. nächste Seite.

Der Ausdruck «Heimatschutz» wurde erstmals 1897 in Deutschland geprägt. Von dort übernahm ihn die SVfHS. Und durch diese ging er auch bald in die Amtssprache ¹ über.

«Die zunehmende Verunstaltung unseres Landes ist schon vor Jahren die Sorge aller Freunde für das Schöne und Gemeinnützige gewesen, aber den direkten Anstoss zu einem bewussten Vorgehen gab erst der Kampf um die Solothurner Turmschanze. Am 15. April (1905) warb das Zirkular von Mme. Burnat-Provins die ersten Mitglieder, ungefähr gleichzeitig mit der auf viel breiterer Basis geplanten Unternehmung eines deutsch-schweizerischen Initiativkomitees. Die Sektion Bern der Gesellschaft schweizerischer Maler und Bildhauer, in deren Schoss die Mittel und Wege zum Schutze des Landschaftsbildes ebenfalls schon früher erörtert worden waren, berief eine vorbereitende Versammlung auf den 29. April nach Bern ein. ... Die Gründung der Vereinigung erfolgte am 1. Juli 1905 ².» Freilich ging es auch dieser fortschrittlichen Gesinnung gegenüber nicht ohne wesentliche Opposition ab. «Manche Regierung empfand die unabhängige Wirksamkeit des HS als einen Eingriff in ihr gutes, angestammtes Recht, und gewisse grosse Unternehmer hielten den HS zum mindesten für einen Spielverderber ³.» Aber nicht nur im Unternehmertum, sondern auch wesentlich in der Bauernsamen war die Opposition gross, da diese namentlich um den Verlust der Gewinne beim Verkauf von landwirtschaftlichem Grundeigentum zu Bauzwecken bangte. «Viel Mühe, die man sich bei der Ausarbeitung eines neuen Baugesetzes (Kt. Schaffhausen) gegeben hatte, ist vorerst umsonst gewesen, weil das Gesetz vom Volke verworfen worden ist, wobei der Berichterstatter leider feststellen muss, dass beim Landvolke die Behauptung, der HS sei bei der Sache beteiligt, dem Gesetz das Grab gegraben hat, weil es sich von den HS-Leuten, die in alles hineinreden, was sie nichts angehe, nichts wollen vorschreiben lassen ⁴.» Es sei noch gestattet, den Brief eines rabiaten Anonymus an die SVfHS wiederzugeben: «An die Herren Mitglieder des Heimatschutzes! Ihr alle werdet aufgefordert, jetzt endlich einmal das Ver-

¹ Vgl. BBl 1908, 235; Zürich. Amts-Bl. 1907.

² Paul Ganz, Die Tätigkeit der Schweizerischen Vereinigung für Heimatschutz im Jahre 1905/06 in «HS», Heft 1, 15. Mai 1906.

³ Dr. E. Stauber, «20 Jahre Heimatschutz» in Zürich. Vereinigung für Heimatschutz, Sektion der SVfHS, Geschäftsbericht 1923/24, 15 ff.

⁴ Jahresbericht des SVfHS 1912, 5.

nütigen und Verschimpfen alles dessen, was Euren Gringen nicht passt, bleiben zu lassen. Ihr habt ja die Unfehlbarkeit nicht mit Löffeln gefressen! Und mit dem dummen Lafern und Gewäsch in Eurem Vereins- und Schimpfblatt muss es jetzt auch einmal ein Ende nehmen, haltet jetzt einmal Eure unverschämten frechen Schandmäuler oder Ihr werdet kalt gemacht ⁵!» Umgekehrt finden sich Bemerkungen und Artikel von seiten der Heimatschutzleute, welche der Sache nicht sehr dienlich sein konnten. Allerdings passierte solches nur anfänglich und wurde von den Verirrten selbst zugegeben. Als Beispiel diene der Titel zu einem Bild: «Gipfel des Piz Languard bei Pontresina. Die entstellende Wirtschaft wurde vom Blitz glücklicherweise ^{5a} zerstört ⁶.»

Bald nach der Gründung der SVfHS entstanden in den meisten Kantonen Sektionen derselben. Sie alle bemühten sich redlich, den HS-Gedanken populär zu machen, namentlich aber auch um die Beeinflussung der zuständigen Verwaltung. Was die HS-Institutionen vor allem anstrebten, war die gesetzliche Verankerung ihrer Ziele. So gelang es der Sektion Aargau als erste, ein mustergültiges Gesetz gegen das Plakatunwesen einzuführen. Das Hauptziel aber war die Aufnahme eines heimatschützerischen Art. in die EG z. ZGB. Das Sekretariat der SVfHS richtete an sämtliche Kantonsregierungen eine Eingabe, in welcher auf die Wichtigkeit einer Gesetzesbestimmung zum Schutze landschaftlicher oder historischer Denkmäler, ferner auf den Art. als Muster hingewiesen wurde, den der Kanton Bern über diese Frage seinem EG einverleibt hatte. Das Ergebnis war, dass in den meisten Kantonen eine Gesetzesbestimmung eingeführt wurde, welche erlaubt, einer Schädigung der äusseren Gestaltung unserer Heimat vorzubeugen.

Diesen Bemühungen gingen grosse Meinungsverschiedenheiten innerhalb der SVfHS über die Tragweite einer gesetzlichen Verankerung voraus. Namentlich wurde befürchtet, durch eine gesetzliche Fixierung sei einmal einer weiteren Ausdehnung des HS-Gedankens und der umfassenderen Schutztätigkeit Grenzen gezogen. Ferner, dass dadurch das Ideale des Schutzgedankens leiden würde.

⁵ «HS» 1921, Heft 4, 87.

^{5a} hier gesperrt.

⁶ «HS» 1906, Heft 5, 37.

II. Die freiwillige Schutztätigkeit

A. Bestrebungen von Vereinen, Gesellschaften und Privaten ⁷

Die hier folgende Darstellung will keineswegs vollständig sein. Vielmehr sei anhand einer Aufzählung der verschiedenen Institutionen versucht, einen Einblick in die ausserordentliche Vielgestaltigkeit der heimatschützerischen Tätigkeit zu geben. Dabei soll vorab der Kanton Zürich berücksichtigt werden.

Verband zum Schutze des Landschaftsbildes am Zürichsee

entstand 1927. Direkter Anstoss hiezu war das Projekt einer (landschaftsverunstaltenden) Fabrik im Gebiete des Frauenwinkels. Dieses einheitliche Gebiet am Zürichsee liegt aber unter der Hoheit dreier Kantone ⁸, was sich hinderlich auswirkte, als versucht wurde, die Projektausführung zu verhindern. Der Bund selbst machte damals noch keinen «Gebrauch von seiner Kompetenz aus ZGB 702 ⁹». So blieb nur das interkantonale Zusammenwirken. Für Konkordate war keine Zeit mehr. Derart kam die interkantonale Vereinigung zustande. In der Folge befasste sich dieser Verband noch mit weiteren, im Interesse mehrerer Kantone gelegener Interessenobjekte.

Der Verband strebt die Erhaltung der natürlichen Ufer und der Landschaftsschönheiten am See an. Ferner ist er am Strassenbau längs der Ufer in der Weise interessiert, als er keine Zerstörung von alten Häusern und sonstigen heimatschützerischen Interessenobjekten zulässt. Auch setzt er sich für die Erhaltung der Schilfbestände, der Wasservögel und der Schaffung von Wasservogelreservaten ein. Er bekämpft ferner die Verunreinigung des Sees und den Motorenlärm auf dem See. Der Verband ist weitgehend rein naturschützerisch tätig. Seine Ziele versucht er zu verwirklichen durch: Propaganda, Anstrengung der gesetzlichen Verankerung, Aufkauf von Grundstücken und Wiederverkauf nach Belastung mit der gewünschten Servitude, Beeinflussung der Verwaltung durch entspre-

⁷ Als Beispiel für Bestrebungen Privater sei eine letztwillige Verfügung über Fr. 10 000.— als Geschenk an die Gemeinde Uster zur Erstellung repräsentativer Brunnen und zur Verschönerung des Dorfbildes erwähnt. «Tagblatt der Stadt Zürich», 27. Dezember 1947.

⁸ Zürich, Schwyz, St. Gallen.

⁹ So im Jahresbericht des Verbandes, Jahrbuch 1928—30. Ob der Bund eine Kompetenz habe, sei vorläufig dahingestellt.

chende Eingaben, weitgehende Zusammenarbeit mit der ZVfHS. Der Verband ist Herausgeber des Jahrbuches vom Zürichsee.

*«Pro Campagna» Schweizer. Organisation für Landschaftspflege
(Association pour l'embellissement de la vie rurale)*

Sie wurde 1921 gegründet¹⁰. Der Verein hat den Zweck, die ästhetischen und kulturellen Lebensbedingungen auf dem Lande zu heben und zur Förderung aller damit verbundenen Bestrebungen beizutragen. Er zieht in den Kreis seiner Aufgaben alles, was dazu dienen kann, das Land dem Landvolk lieb und wert zu erhalten und das Familienleben zu fördern. Natürliche Personen können die Mitgliedschaft nicht erwerben¹¹. Aus der tatsächlichen Arbeit der «PC» ergab sich dann allerdings eine etwas abgeänderte Tätigkeit. Sie versuchte vor allem zum Wetteifer anzuregen in der Erstellung ansprechender landarchitektonischer Bauernhäuser und versucht zu verhindern, dass in Zukunft geschmacklose Neu- und Umbauten, auch einfachster Art, auf dem Lande entstehen. Die Gesellschaft prüft und verbessert unentgeltlich die ihr zugestellten Baupläne und Projekte nach der künstlerischen Seite hin, ohne dass dadurch Mehrkosten für den Bauherrn entstehen. Die Gesellschaft will ihre Ziele namentlich dadurch erreichen, dass sie ausserdem Geldprämien und Belobigungen verabfolgt, wenn die Bauten in der guten, überlieferten Ortsbauweise ausgeführt sind und zur Verschönerung der Landschaft beitragen. Ueberdies lässt der Verein an Bauten, die mit seiner Unterstützung entstehen, einen künstlerischen Fassadenschmuck in Form von Malerei oder Plastik auf seine Kosten anbringen.

Verband zum Schutze des Landschaftsbildes am Türlersee
erstrebte die Erhaltung der Naturlandschaft rund um diesen See. Mit dem Inkrafttreten der RegR VO zum Schutze des Türlersees vom 3. Februar 1944 hat dieser Verband sein Ziel erreicht. Dasselbe gilt auch für den

Verband zum Schutze des Landschaftsbildes am Greifensee.

Die entsprechende RegR VO zum Schutze des Greifensees datiert vom 27. Juni 1941. Trotz der VO haben sich aber die Verbände nicht aufgelöst.

¹⁰ Aus Sonderschrift (Werbeblatt) «Was will die Pro Campagna» und Jahresbericht 1924/25 (beide Zentralbibliothek Zürich).

¹¹ So die Statuten im genannten Jahresbericht.

*Schweiz. Vereinigung zur Erhaltung der Burgen und Ruinen
(Burgenverein)*

wurde 1927 gegründet. Die Vereinigung bildet eine Ergänzung zu den Bestrebungen des

Vereins zur Erhaltung schweizerischer Kunstdenkmäler;

denn auch die Burgen sind wertvolle Zeugen der Geschichte der Heimat, sowie auch bedeutsame Denkmäler der Kunst und Kultur der Schweiz¹². Es ist nicht uninteressant, die folgende Aufzählung zu bringen. Sie zeigt, wie alle diese Institutionen unter sich enge Verbindung durch gleichgerichtete Interessen haben. An der Gründerversammlung des Burgenvereins waren anwesend: Vertreter kantonaler Regierungen, der SBB und privater Bahnen, der Schweiz. Verkehrszentrale, des HS, der vorgängig genannten Gesellschaft und der Pro Campagna usw.

Neben diesen und weiteren Vereinen und Gesellschaften bestehen im Kanton Zürich und in andern Kantonen noch eine ganze Reihe von Vereinen, welche nicht vorab heimatschützerische Interessen zum Ziele haben, aber doch recht grossen Anteil an diesen nehmen. So der Schweizerische Alpenclub, welcher sich z. B. wesentlich für die Erhaltung der Burgruine Misoix einsetzte. Oder die Schweiz. Gesellschaft für Volkskunde, unter deren Patronat sich in Schwyz ein kantonales Komitee für Bauernhausforschung gegründet hat, dessen Aufgabe es sein soll, eine Bestandesaufnahme aller wertvollen alten Bauernhäuser, Speicher, Scheunen usw. durchzuführen¹³. Ferner besteht der «Linth-Limmatverband», welcher als Gruppe des schweiz. Wasserwirtschaftsverbandes öffentliche und private Körperschaften verschiedener Kantone umfasst und auch die harmonische Einfügung von Strassen, Bahnen, Brücken und Kraftwerkanlagen in die Landschaft anstrebt. Weitere Vereinigungen sind die zürch. Kunsthistorikervereinigung, die antiquarische Gesellschaft, das Zentralkomitee der Zünfte Zürichs, der Bund schweiz. Architekten (BSA), die Gesellschaft Schweizermaler und Bildhauer und Architekten, die Arbeitsgemeinschaft für Landschaftspflege usf.

Diese Reihe könnte ganz erheblich verlängert werden, doch ist es nicht Aufgabe dieser Arbeit, Verzeichnis und Rangordnung zu ge-

¹² «Tagblatt der Stadt Zürich» vom 24. September 1947.

¹³ «Tagblatt der Stadt Zürich» vom 20. Dezember 1946.

ben. Die Aufzählung will nur einen Einblick in die geschichtliche Entwicklung und die vielseitige heimatschützerische Tätigkeit unzähliger Kreise vermitteln.

B. Bestrebungen der Gemeinden, Kantone und des Bundes

Wie schon unter I. (27 ff.) festgestellt wurde, waren die verschiedenen Behörden HS-Bestrebungen gegenüber reichlich negativ eingestellt. Wenn auch heute hie und da noch eine Verwaltungsbehörde in entsprechender Materie ohne Berücksichtigung der HS-Gedanken tätig ist und ihre eigensten Interessen als solche der Allgemeinheit bezeichnet, so bleiben das Ausnahmen. Meist anerkennen unsere Behörden, sowohl die kommunalen, als auch die kantonalen und die des Bundes die Notwendigkeit des HS durchaus und sind entsprechend tätig; wenn auch mit unterschiedlicher Intensität.

Unter III wird die Rede von der öffentlich-rechtlichen Schutztätigkeit sein. Hinsichtlich derselben gilt, dass trotz der kantonalen Souveränität in erster Linie von der Gemeinde-Autonomie auszugehen ist¹⁴. Da aber die freiwillige öffentliche¹⁵ und die öffentlich-rechtliche Schutztätigkeit eng zusammengehören und einander ergänzen, sowie auch die private Schutztätigkeit eine notwendige Ergänzung beider Arten der öffentlichen Schutztätigkeit ist, muss auch hinsichtlich der hier behandelten Bestrebungen von den Gemeinden ausgegangen werden. Das ist naturgemäss.

1. der Gemeinden: Die Gemeinden haben namentlich folgende Mittel: Sie können vorsorglich Grundstücke aufkaufen, diese so der privaten Spekulation entziehen und der Allgemeinheit zur Verfügung stellen, sei es als unüberbaubares Land, womit beispielsweise die Naturlandschaft erhalten bleibt, sei es als Grünstreifen in dicht besiedeltem Gebiet, sei es als Parkanlagen und dgl. Möglich ist auch der Wiederverkauf nach Belastung mit einer gewünschten Servitude. Zur gleichen Möglichkeit ist auch der Abtausch von Land

¹⁴ «Die Ausübung des N- und HS ist in erster Linie Sache der Gemeinderäte», § 3 HS-VO.

¹⁵ Darunter sind alle Massnahmen eines öffentlichen Verbandes zu verstehen, die zwar wohl auf gesetzlicher Möglichkeit beruhen, jedoch nicht von Amtes wegen zu ergreifen sind. Auch der freihändige Landkauf — er geschieht, um die Zwangsabtretung oder den Zwangsverkauf zu umgehen — soll dazu gerechnet werden.

zu rechnen. Ferner können die Gemeinden die Mitgliedschaft bei solchen Vereinen erwerben, die speziell an Fragen des HS interessiert sind. So sehen denn die Statuten dieser Institutionen regelmässig die Mitgliedschaft von öffentlich-rechtlichen Körperschaften vor, abgesehen von den Statuten der Pro Campagna, welche die Mitgliedschaft natürlicher Personen überhaupt ausschliesst. Als Beispiel sei erwähnt, dass die Stadt Zürich sowohl Mitglied der ZVfHS, als auch des Verbandes zum Schutze des Landschaftsbildes am Greifensee ist. Ebenso sind die Gemeinden am Greifensee und am Türlensee Mitglieder der entsprechenden Verbände zum Schutze des Landschaftsbildes. Das gleiche gilt für zahlreiche Gemeinden am Zürichsee für den betr. Verband. Durch diese Mitgliedschaft bleiben die zuständigen Behörden stets in engem Kontakt mit den Forderungen und Ideen der HS-Kreise. Abgesehen davon, dass dadurch die Postulate dieser Institutionen bei der Allgemeinheit und bei Behörden, die nicht Mitglieder sind, ein ganz anderes Gewicht bekommen. Ein weiteres Mittel hat die Stadt Zürich geschaffen, indem der Stadtrat alle zwei Jahre Preise, bzw. Auszeichnungen für gute Bauten verleiht. Diese kommen sowohl dem Bauherrn, als auch dem Architekten zu. Handelt es sich um öffentliche Bauten, so wird naturgemäss nur der Architekt ausgezeichnet. Erwähnt sei noch die Beitragsleistung an Institutionen des HS.

So sehr dieser freiwilligen Schutztätigkeit vor der gesetzlichen der Vorzug zu geben ist — gesetzliche Eingriffe mit ihren nie zu umgehenden Härten sind vermieden, oder auch: der Lebendigkeit des HS-Gedankens und der Veränderlichkeit des ästhetischen Empfindens kann mit gesetzlichen Mitteln niemals volle Rechnung getragen werden — sind ihr durch die meist beschränkten finanziellen Mittel Grenzen gezogen.

2. d e r K a n t o n e : Diesen stehen gleiche Mittel zur Verfügung, wenn auch die Anwendungsmöglichkeiten viel begrenzter sind durch die Priorität der Gemeinden, welche die ursprünglichsten Träger und Verwirklicher aller HS-Ideen sind. Als Beispiel für einen Grundstückskauf des Standes Zürich sei der Kaufvertrag über das Schloss Kyburg zwischen dem Kantonsrat und den Erben des Ed. Bodmer sel. genannt ¹⁶.

¹⁶ Beschl. des Kantonsrates betr. die Erwerbung des Schlosses Kyburg vom 5. März 1917.

3. d e s B u n d e s : Die Verhältnisse der untergeordneten öffentlich-rechtlichen Körperschaften wurden dargestellt. Demnach ist die freiwillige Schutztätigkeit beim Bund am kleinsten. Bis zum Jahre 1935 lässt sich auf dem Gebiete des HS keine freiwillige Schutztätigkeit des Bundes feststellen. In diesem Jahre fand in Bern unter dem Vorsitz von Bundesrat Etter eine vom Eidg. Departement des Innern einberufene Konferenz statt, um zum Problem des gesetzlichen N- und HS auf eidg. Boden Stellung zu nehmen. Neun Kantone sprachen sich für, 16 gegen eine bundesgesetzliche Regelung aus. Ein vom eidg. Justiz- und Polizeidepartement vorgelegtes Gutachten zu dieser Frage kommt zum Schluss, dass dem Bund die verfassungsrechtliche Zuständigkeit für eine gesetzliche Regelung fehlt. Die Konferenz kam daher einstimmig zum Beschluss, es sei vorläufig vom Erlass eines solchen Gesetzes Umgang zu nehmen. Dagegen äusserte sie zuhanden des eidg. Dep. des Innern den Wunsch, es möchte im Sinne einer besseren Zusammenfassung aller auf dem Gebiete des N- und HS tätigen Kräfte und Vereinigungen die Frage der Schaffung einer eidg. N- und HS-Kommission weitergeführt und einem baldigen Abschluss entgegengeführt werden ¹⁷. Im Jahre 1936 nahm diese eidg. Kommission für Natur- und Heimatschutz feste Gestalt an. Sie ist eingesetzt worden als den Bundesrat in Angelegenheiten des N- und HS, die von eidgenössischer Bedeutung sind oder die Interessen mehrerer Kantone berühren, beratende Stelle. Das von ihr aufgestellte und vom Bundesrat genehmigte Reglement bezeichnet als in ihren Tätigkeitsbereich fallend folgende Aufgaben: Die Verbindung zwischen den Bundesbehörden und den Verbänden und Institutionen für N- und HS und zwischen den letzteren unter sich im Sinne einer den N- und HS fördernden Zusammenarbeit, die Begutachtung von Fragen des N- und HS zuhanden der Behörden des Bundes und der Kantone, die Förderung des Ausbaues der Gesetzgebung des Bundes und der Kantone über N- und HS und der interkantonalen Zusammenarbeit auf diesem Gebiet, die Anregung oder Unterstützung von Massnahmen zum Schutz gefährdeter Gegenstände des N- und HS ¹⁸.

So gestaltet, nimmt diese Kommission eine Stellung ein, die zwischen der freiwilligen und der rechtlichen Schutztätigkeit liegt.

¹⁷ «HS» 1935, Heft 4, 62 ff.

¹⁸ «HS» 1937, Heft 6/7., 82.

Als freiwillige Schutztätigkeit enthaltend darf Punkt 1 der Aufgaben der Kommission bezeichnet werden. Dies hängt jedoch wesentlich von der wirklichen Betätigung der Kommission ab.

Der Bund hat noch weitere Möglichkeiten. Doch liegen auch diese unverkennbar zwischen der freiwilligen und gesetzlichen Schutztätigkeit. Davon jedoch erst später (vgl. unten, III, einleitend). Es sei in diesem Zusammenhang jetzt schon gesagt, dass die Schutztätigkeit, welche weder als rein freiwillige, noch als rein rechtliche anzusprechen ist, einen nicht unwesentlichen Anteil an der gesamten Schutztätigkeit hat. Diese ist desto umfangreicher, je geringer die rechtliche oder freiwillige ist.

III. Die öffentlich-rechtliche Schutztätigkeit

Dieser Abschnitt ist hier nur des Zusammenhanges wegen beigelegt. Die öffentlich-rechtliche Tätigkeit wird einen wesentlichen Teil der Betrachtungen in Anspruch nehmen.

Es sollen hier nicht behandelt werden: das Verhältnis zwischen Bundes- und kantonalem Recht, zwischen kantonalem und kommunalem Recht, die Rechtsgrundlagen aller vorstehender Normen, der beschränkende Charakter derselben. Alle diese weiteren Zusammenhänge sind in den §§ 7 und 8 behandelt.

Wenn sich von nun an die Betrachtungen im wesentlichen auf das Grundeigentum richten, so geschieht dies nicht deshalb, weil das Thema so lautet, sondern weil sich tatsächlich das Hauptgewicht des HS hinsichtlich der Ordnung und Gestaltung des Grundeigentums auswirkt. Das wurde bis anhin genügend ersichtlich.

Bezüglich der nachstehenden Darlegungen sei von der kantonalen Souveränität ausgegangen.

A. In den Kantonen

Es ist von den Bestimmungen der EG z. ZGB auszugehen. Für den Kt. Zürich von § 182¹⁹:

«Der Regierungsrat ist berechtigt, auf dem Verordnungsweg zum Schutze und zur Erhaltung von Altertümern, Naturdenkmä-

¹⁹ zürch. EG z. ZGB vom 2. April 1911, Neudruck vom Oktober 1946 mit Berücksichtigung aller bis dahin erfolgten Abänderungen und Ergänzungen.

lern und seltenen Pflanzen, zur Sicherung der Landschaften, Ortschaftsbilder und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und zum Schutze von Heilquellen die nötigen Verfügungen zu treffen und Strafbestimmungen aufzustellen. — Soweit der Regierungsrat erklärt, von dieser Berechtigung nicht Gebrauch machen zu wollen, steht sie den Gemeinden zu. — Staat und Gemeinden sind berechtigt, derartige Altertümer, Naturdenkmäler . . . auf dem Wege der Zwangsenteignung insbesondere auch durch Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit zu schützen und zugänglich zu machen. Der Regierungsrat kann in einzelnen Fällen im Einverständnis mit der Gemeinde das Recht der Zwangsenteignung an gemeinnützige Vereine und Stiftungen verleihen.»

Der Gesetzgeber hätte sich diese Langatmigkeit ersparen können. Es liegt im Wesen des HS selbst begründet, dass niemand alle zu schützenden Objekte absehen kann. Eine Aufzählung, sofern sich kein generell abstrakter Ausdruck oder keine solche Umschreibung finden lässt, muss daher immer beispielsweise bleiben ²⁰.

Auf diesem § beruhen die schon genannte HS-VO und auf dieser wiederum das Regulativ betreffend die Einsetzung und die Tätigkeit der HS-Kommission ²¹. Ferner die VO zum Schutze des Greifensees ²², des Türlersees ²³, des Hüttnersees ²⁴, und des Orts- und Landschaftsbildes von Regensburg ²⁵.

²⁰ Amtl. Sten. Bull., Jg. XVII, 1907, Nr. 11; Beschluss des Ständerates; Art. 691 (702) «...betreffend die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und Strassenwesen, die Errichtung von Grenzmarken und Vermessungszeichen, die Bodenverbesserung, die Zerstückelung der Güter, die Zusammenlegung und Neueinteilung von ländlichen Fluren und von Baugebiet (Güterzusammenlegung), den Schutz der Landschaft vor Verunstaltung, die Erhaltung von Altertümern, den Schutz von Heilquellen und den Reckweg.» Anträge der nationalrätlichen Kommission: «...den Schutz der Landschafts- und Aussichtspunkte vor Beeinträchtigung, die Erhaltung von Altertümern und Naturdenkmälern, den Schutz von Heilquellen...». Dazu Huber als deutscher Berichterstatter der Kommission: «In 691 sind eine Anzahl von Beispielen aufgeführt. Schon der Nationalrat hat die Beispiele vermehrt. Der Ständerat ist einen Schritt weitergegangen und die vereinigten Kommissionen noch einen Schritt weiter. Wenn wir noch lange beraten würden, erhielten wir einen immer grösseren Katalog. Das hat aber nichts zu sagen, denn es sind nur Beispiele.»

²¹ vom 31. Mai 1912. Diese Kommission zählt heute, laut einer mündlichen Auskunft der Baudirektion, 14 Mitglieder. (Nach Text des Regulatives 7 Mitglieder).

²² vom 27. Juni 1941.

²³ vom 3. Februar 1944.

²⁴ vom 21. Juni 1945.

²⁵ vom 17. Oktober 1946.

Wenn auch keine der genannten Verordnungen das Wort HS gebraucht, so streben doch alle den HS direkt an, indem sie die Schutzobjekte nennen, sowie die Frage der Schutzmassnahmen und deren Umfang angeben. Von diesen zu unterscheiden sind alle jene Normen, welche sich in Gesetzen und anderen VO finden, deren Hauptziel nicht der HS-Gedanke ist. So vor allem Normen des kant. Baugesetzes²⁶. Wenn also z. B. in diesem Gesetz alle Fragen im Zusammenhang mit der Errichtung von Brandmauern geregelt werden, so aus feuerpolizeilichen Gründen. Die Bestimmung, solche Brandmauern seien mit einer gefälligen Farbe zu bestreichen hat mit den Sicherheitsgründen nichts zu schaffen, sondern ist eine ästhetische Norm. Klassischer ist das Beispiel der Bau- und Niveaulinien. Diese bestimmen den Abstand der Bauten von der Strasse und unter sich. Dergestalt dienen diese Normen in erster Linie verkehrspolizeilichem (Breite der Strassen) und gesundheitspolizeilichem (genügend Licht in den einzelnen Strassenzügen) Gedankengut. Nicht zu leugnen ist aber auch der ästhetische Gedanke in solcher Regelung.

Jene Normen möchte ich als unmittelbare, diese als mittelbare bezeichnen. Beide sind HS-Normen, aber sie haben ganz verschiedene Auswirkungen auf das Grundeigentum und eine ganz verschiedene Stellung in bezug auf die grundbuchliche Behandlung. Davon und weiteren Unterschieden jedoch später.

B. In den Gemeinden

§ 6 der HS-VO, entsprechend der Fassung des EG, lautet:

²⁶ § 182 ist im EG als Beschränkung im vierten Abschnitt (Sachenrecht) unter C. (Inhalt und Beschränkungen des Grundeigentums) aufgeführt. Im gleichen Abschnitt wird in § 180 als weitere in Kraft bleibende Beschränkung das oben genannte Baugesetz (BG) für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 23. April 1893 erwähnt. Dessen § 68 I (abgeänderter § Volksabstimmung vom 16. Mai 1943) lautet: «Die Gemeinden sind verpflichtet, für das dem BG in vollem Umfange unterstellte Gebiet Bauordnungen (BO) aufzustellen. Diese dürfen nicht hinter den Anforderungen des Gesetzes zurückstehen, ausgenommen für Zonen, die in den BO als Industriegebiet ausgeschieden sind.» Und § 68a (durch gleiche Volksabstimmung abgeänderter) «Für Gebiete, die dem Gesetz im Sinne seines § 1 II unterstellt sind, können die Gemeinden ebenfalls BO aufstellen. Diese dürfen nicht hinter den Anforderungen des EG zum ZGB zurückstehen.» Und § 1 II «Ausserdem sind die politischen Gemeinden berechtigt, da, wo dieses Gesetz sonst nicht zur Anwendung kommt, für Neubauten an Strassen, öffentlichen Plätzen und in Quartieren, welche voraussichtlich überbaut werden, wenigstens Bau- und Niveaulinien festzustellen. In solchen Fällen haben nur diejenigen Bestimmungen Geltung, welche sich auf die Bau- und Niveaulinien und die Aufstellung von Quartierplänen beziehen.

«Die Gemeinden sind berechtigt, auf dem Wege der Verordnung Vorschriften zu erlassen: a) zum Schutze des Ortsbildes vor Verunstaltung; b) zum Schutze einzelner Strassen, Plätze und Bauwerke von geschichtlicher oder ästhetischer Bedeutung vor Beeinträchtigung ihrer Wirkung.»

Von dieser Möglichkeit der unmittelbaren Interessenwahrung haben bis heute zirka 30 Gemeinden Gebrauch gemacht ²⁷.

Zur mittelbaren Interessenwahrung sind die Gemeinden befugt und im Gegensatz zu jener (§ 182 EG und § 6 HS-VO) auch verpflichtet laut §§ 1, 68 I und 68a BG ²⁸.

Von dieser Möglichkeit haben bis heute gleichfalls etwa 30 Gemeinden durch Einführung einer Gemeinde-BO Gebrauch gemacht ²⁷. Dabei ist noch zu erwähnen, dass nur ein verschwindend kleiner Teil dieser Gemeinden HS-Verordnungen und BO zugleich in Kraft haben.

C. Im Bund

Aus der vorstehenden Darstellung über die öffentlich-rechtliche Schutztätigkeit mag hervorgegangen sein, dass diese im Bund zwangsläufig am wenigsten ausgeprägt sein kann.

Zunächst sei auf das Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartements hingewiesen (vgl. 34), wonach dem Bund die verfassungsrechtliche Zuständigkeit zur gesetzlichen Regelung fehle. Ferner sei nochmals Art. 702 ZGB erwähnt. Dieser erweitert aber weder die Kompetenz der Kantone, noch gibt er dem Bund eine weitere ²⁹. Hingegen bestehen verschiedene Bundesgesetze, welche auf der entsprechenden verfassungsrechtlichen Kompetenz beruhen. Sie geben aber dem Bunde nur die Kompetenz zu einer mittelbaren Normierung heimatschützerischer Belange. Die direkte und umfassende Zuständigkeit fehlt. Als solche Normen aus dem Bundesrecht seien erwähnt: BG über die Enteignung vom 20. 6. 30 (BV 23), dessen Art. 9 heisst: «Naturschönheiten sind soweit möglich zu erhalten. Die Werke sind so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild

²⁷ Sigg, a. a. O., 262. Der Schreibende hat die Verhältnisse nur in der Gemeinde Zollikon nachgeprüft. Diese hat aber entgegen der Angabe Sigg keine HS-VO, aber eine BO.

²⁸ Vgl. Anm. 26.

²⁹ Vgl. hinten 94, II.

möglichst wenig stören.» — BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (BV 23, 24^{bis} und 22), dessen Art. 22 lautet: «Naturschönheiten sind zu schonen und da, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild nicht oder möglichst wenig stören.»

Ferner: VO des BR über die Erstellung, den Betrieb und Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen vom 7. Juli 1933 und die VO des BR über Schwachstromanlagen gleichen Datums. Deren Art. 72, resp. 12 lauten: «Bei der Erstellung von Freileitungen ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass sie das landschaftliche Bild möglichst wenig stören» und «... Es ist daher, wenn mehrere technische annähernd gleichwertige und in den Kosten nicht wesentlich von einander verschiedene Lösungsmöglichkeiten bestehen, derjenigen der Vorzug zu geben, die das Landschaftsbild am wenigsten stört³⁰.»

§ 3 DIE LANDES- UND REGIONALPLANUNG

I. Einleitung

Alle Planungen, welche schliesslich in der Landesplanung (LP) zusammengefasst sind, haben eine grosse Bedeutung für die Verwirklichung der HS-Ideen. Das Wesen des HS verlangt aber auch die umgekehrte Feststellung: Die HS-Ideen sind von ebenso grosser Bedeutung als Elemente der LP. Beides wird weiter hinten darzulegen sein.

Und ein zweites: An dieser Stelle das Thema zu behandeln, ist formell und materiell gerechtfertigt. Formell hinsichtlich der teils rechtlichen, teils freiwilligen Schutztätigkeit, auf denen die LP beruht. Materiell hinsichtlich der starken Verkettung des HS mit der Planung.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich die leitende Frage: Welches ist die Stellung des HS-Gedankens in der LP? Der notwendigen Begriffsklarheit wegen muss zunächst abgeklärt werden, was unter LP zu verstehen ist. Freilich kann es sich nicht darum handeln, in alle Tiefen der Probleme zu dringen. Beschränkung auf das zum Verständnis Wesentliche ist notwendig. Und noch etwas muss festge-

³⁰ Vgl. hinten im Zusammenhang, 94 f.

halten werden: Das bis anhin angewandte Schema der Unterteilung der Aufgaben in die des Bundes, der Kantone und der Gemeinden lässt sich hier nicht mehr so streng durchführen. Die Gründe werden später ersichtlich sein ¹.

II. Versuch einer Theorie über das Wesen der Planung

Das Tun und Lassen der Menschen (Lebensäusserung, Handlung) ist bedingt. Alle Handlungen fliessen aus einer vorgängigen Tatsache, einer vorgängigen Lebensäusserung und rufen ihrerseits weiteren Handlungen. Es entsteht, um einen nützlichen Vergleich zu schaffen, eine ganze, lange Kette. Somit steht das menschliche Tun und Lassen im Zeichen einer Ordnung. Diese ist begründet. Ob sie auch sinnvoll sei, ist für uns weder feststellbar, noch wichtig.

Der Zusammenhang zwischen diesen Handlungen ist abnehmend intensiv. Es besteht eine ganze Skala der Intensität: Von der unabänderlichen Zwangsläufigkeit bis zur (scheinbaren) Zufälligkeit. Auch darin liegt eine begründete Ordnung. Beispiel: Dass sich der Mensch eine Behausung baut, ist begründet, ebenso, dass benachbarte Städte und Dörfer entstehen und diese untereinander durch Strassen verbunden werden, die eine bestimmte Linienführung aufweisen usf. Alle diese Handlungen ziehen relativ zwangsläufig weitere nach sich: Materialbeschaffung, Einstellung der Arbeitskräfte usf. usf.

Je grösser diese Zwangsläufigkeit ist, desto geringer sind die Möglichkeiten einer (staatlichen) ordnenden Planung und zwar im Sinne einer Beeinflussung, einer Abänderung der zwangsläufig nachfolgenden Handlung. Am zwangsläufigsten ist der Wille, der Trieb des Menschen, sich eine Behausung zu bauen, so intensiv zwangsläufig, dass eine Planung überhaupt nicht einsetzen kann. Vermindert zwangsläufig hingegen sind die nachfolgenden Handlungen in der Reihenfolge, die den Ort und die Art der Behausung festlegen.

Greift die (staatlich) ordnende Planung dennoch ein, so ist sie ebenso zwangsläufig zur weiteren Ordnung gezwungen, je intensiver der Zusammenhang zwischen zwei Handlungen ist. Beispiel: Wenn

¹ Vgl. 41 f.

die staatliche Planung bestimmt, dass ein Rebgeleände immer als solches bestehen bleiben soll, so ist die unweigerliche Konsequenz, dass der Staat auch immer für die nötigen Arbeitskräfte, deren Entlohnung und den Absatz der Ernte usw. usw. besorgt sein muss.

Alle diese Ueberlegungen sind verhältnismässig einfach, dennoch durften sie gesagt werden; denn gerade in ihrer Einfachheit liegt der Grund, weshalb so oft die wichtigsten Zusammenhänge in diesen Fragen übersehen werden. Aus ihnen aber kann abgeleitet werden, was primär zum Wesen und in der Folge zu den Grenzen einer jeden Planung zu überlegen ist. Was hinsichtlich der Notwendigkeit gilt, wird sich aus dem nächsten Abschnitt (III.) ergeben.

In extenso sei festgehalten:

- a) Je intensiver die Zwangsläufigkeit einer menschlichen Handlung ist, desto weniger kann die Planung eingreifen.
- b) Befasst sich die Planung mit einer Lebensäusserung, so muss sie zwangsläufig alle im Gefolge liegenden Handlungen solange ordnen, als die Zwangsläufigkeit zwischen diesen Handlungen nicht unter einen bestimmten Grad der Intensität sinkt.
- c) Eine Planung wird desto unzulänglicher sein, je grösser die Anzahl der in der Folge zwangsläufig zu ordnenden Handlungen ist.
- d) Es liegt in der unabsehbaren Verquickung aller menschlicher Lebensäusserungen und damit im Wesen jeder Planung begründet, dass sie niemals das Höchste wird erreichen können. Sie kann bestenfalls ein Optimum erzielen ².

Aus dieser Wesenserklärung kann abgeleitet werden, warum keine so strenge Unterteilung in die Aufgaben des Bundes, der Kantone und Gemeinden mehr gemacht werden kann (40). Meist wird dies damit erklärt, dass die Planung Gebiete erfassen müsse, die nicht nur auf dem Gebiete einer Gemeinde, eines Kantones liege. Dies ist aber insofern nur eine teils richtige Erklärung, als sie aus den sekundären und nicht primären Konsequenzen der Planung abgeleitet ist. Vor allem aber übersieht eine solche Erklärung, dass sie nur für jene Planung richtig sein kann, welche aus den relativ schwachen Zusammenhängen der Lebensäusserungen heraus selber nicht

² Dabei gilt logischerweise, dass der Begriff des Optimums nur für eine kurze Reihe von zwangsläufigen Handlungen bestimmt werden kann. Für die weiteren, in der Folge liegenden Handlungen trifft dies nicht mehr zu.

allzu intensiv zu sein braucht, sich also auch gebietsmässig beschränken darf. Erfasst aber die Planung ein Gebiet des menschlichen Tun und Lassens, welches die dargelegte unabsehbare und intensive Auslösung weiterer Handlungen in sich birgt, so kann dadurch gebietsmässig das ganze Land, ja selbst ein noch weiteres Gebiet erfasst werden.

III. Zustände, welche zur Idee der Landesplanung führten

Die Tatsachen sind einfach und liegen primär in der raschen Entwicklung der Zivilisation und der Zunahme der Bevölkerung, respektive in der damit verbundenen Vervielfachung der soeben dargelegten Lebensäusserungen mit all jenen Problemen.

Als Mittel zur Darlegung dieser Entwicklung sei von den Städten ausgegangen. Dies analog der Entwicklung der LP, deren Aufkommen namentlich den Städtebauern zu verdanken ist.

Ursprünglich war die Anlage einer Stadt, sowohl in der Antike, als auch im Mittelalter zweckgebunden: Sicherheit der Bürger. So entsanden die engen, befestigten Plätze³. Die gewaltige Industrialisierung des 19. Jahrhunderts und der späteren Jahre sprengte diese Ordnung. In ihrer Folge steht ein gewaltiger Bevölkerungszuwachs und eine Konzentration in ungesunden, lichtlosen Quartieren und Mietskasernen. Diese Gebilde dehnen sich rasch weiter aus, bis die wenig geschmackvollen Bauten die umliegenden Dörfer erreichen und selbst über diese hinauswachsen. Zwangsläufig geht immer mehr des in Kriegszeiten notwendigen landwirtschaftlichen Bodens verloren. «Die Organisation des Raumes⁴» vermag mit der Entwicklung nicht mehr Schritt zu halten. Es fehlen Zeit und Ueberlegung für klare Anordnungen. Es fehlt an einer klaren Gesetzgebung. Der Aufbau ist überhastet, wilde Spekulation herrscht vor und verhindert zweckmässiges und zugleich auf weite Sicht sparsames Anlegen von Bauten und Verkehrswegen. Auf bauliche Harmonie wird keine Rücksicht genommen. Diese Entwicklung «von Fall zu Fall» musste ihre negativen Auswirkungen haben: In den Städten keine Grünflächen, kein Schutz der Baudenkmäler, Verunstaltung der Land-

³ Armin Meili, Landesplanung in der Schweiz, Aufsatz NZZ 13., 16., 20. und 22. Juli 1941, in «Landes- und Regionalplanung», Zeitschrift, Heft 1, 3.

⁴ Derselbe, 3.

schaft, kostspieliges Flickwerk, welches «Gelder, der Kriegsführung ähnlich, verschlang⁵».

Statt Vieler soll hier abschliessend Winkler⁶ zitiert werden: «Die grossen Freiheiten der liberalen Staatsverfassungen (nach den grossen Revolutionen des 18. und 19. Jahrhunderts): Handels-, Gewerbe-, Niederlassungs-, Verkehrsfreiheiten usw. veranlassten einen mit beispiellosen wissenschaftlichen und technischen Fortschritten verbundenen gewaltigen Wirtschaftsaufschwung beinahe aller europäischen Staaten. Gleichzeitig breiteten sich unter ihrem Schutz jedoch auch Individualismus und Materialismus mit so schrankenloser Schärfe aus, dass Gemeinwohl und kulturelles Leben überhaupt kaum geringer, im Gegenteil vielfach beinahe noch stärker geschädigt wurden, als unter den «Plutokratien» der Vergangenheit. Wenige Stichworte genügen, um die zwiespältigen Folgeerscheinungen eindrucklich zu machen, welche in der Tat der sog. Befreiung der Massen entsprangen: auf der einen Seite mächtig gesteigerte Produktion aller Wirtschaftszweige, gewaltige Intensivierung des Landbaues durch Rationalisierung der Methoden und Mechanisierung der Arbeit. Ausbreitung der Industrie, rapide Vergrösserung der Städte, Zusammenballung in diesen, Vordringen des Unproduktivareals durch Siedelungen, Verkehrswege aller Art usw.» «Landflucht.» «Verwüstung der Landschaft durch Bergbau usw.»

Diese ganze chaotische Entwicklung muss aber aus jener Zeit heraus verstanden werden. Die verschiedenen Völker hatten eben frisch die liberale Staatsverfassung gewonnen und eine neuerliche hoheitliche Einmischung des Staates war undenkbar. Ueberdies darf man auch nicht den Vorwurf erheben, es hätte absolute Planlosigkeit geherrscht. Dem ist nicht so. «Ohne grosszügige Organisation wäre aller Fortschritt nicht möglich gewesen, aber überdifferenzierte Einzelorganisation ist schuld, die sich nicht mit überlegener Gesamtplanung paarte, wodurch allein eine harmonische Entwicklung gewährleistet worden wäre⁷.»

⁵ Derselbe, 5.

⁶ Dr. E. Winkler, Die Geographie in der Schweiz. LP, Sonderdruck, Vortrag 11. 2. 42 vor Geographisch-Ethnographischer Gesellschaft Zürich, «Schweizer Geograph», Zeitschrift, 1942, 2 ff.

⁷ Winkler, a. a. O., 2.

IV. Die Landesplanung und ihre Aufgaben

Soweit feststellbar, beschäftigte sich Architekt Meili als erster mit diesen Problemen. «Unter dem Eindruck dieser unheilvollen Entwicklung verlangte Meili 1933 die räumliche Organisation». Er stellte als Ziel der Landesplanung auf, «das volkswirtschaftlich günstigste Verhältnis zwischen Stadt und Land zu finden, den Sättigungsgrad der Stadtbevölkerung zu ermitteln und festzustellen, über welche Gebiete landwirtschaftliche Produktion, Industrie, städtische und ländliche Siedelungen verfügen dürfen⁸». Damit dachte Meili aber im wesentlichen vorerst nur an das Verhältnis zwischen Stadt und Land. Dasselbe tat 1941 auch noch Lodewig, wenn er die Aufgaben folgendermassen kennzeichnet: Die Regionalplanung klärt die Beziehungen sozialer, wirtschaftlicher und ästhetischer Art zwischen Stadt und Land ab⁹.»

Demgegenüber stellt Gutersohn¹⁰ zu Recht fest, dass jede Planung notwendigerweise ständig weitere Kreise zieht und zwar unaufhaltsam (vgl. 41, b): «Die Planung der Wohnsiedelung verlangt zugleich Planung der Industrie desselben Gebietes; beide müssen sich auf zweckmässig ausgebaute Verkehrsmöglichkeiten stützen können; die Landwirtschaft wird tangiert und verlangt mit Recht Schutz des schwindenden Nährraumes; Erholungsflächen sind im Interesse der Volkshygiene auszuscheiden; Natur- und Heimatschutz drängen auf Erhaltung eigenartiger Landschaften und Gebäude, der Jurist klärt auf über gesetzliche Beschränkungen und Möglichkeiten, die bei Durchführung der geplanten Arbeiten in Betracht zu ziehen sind; der Volkswirtschaftler gibt sein Gutachten darüber ab, ob die Umgestaltung überhaupt wirtschaftlich tragbar, die neu geschaffene Landschaft wirtschaftlich lebensfähig sei. Und der Kreis der notwendig tangierten Interessenten ist offensichtlich mit dieser Aufzählung noch nicht geschlossen.»

Immerhin ist es nur billig, wenn hier festgehalten wird, dass Meili, soweit feststellbar, als erster die folgenden Aufgaben der Landesplanung nannte¹¹ und damit doch wesentlich über seine ersten Ge-

⁸ Gutersohn, Prof. ETH., Harmonie in der Landschaft, Schriftenfolge der SVLP (Schweiz. Vereinigung für LP), Zeitschrift, Heft 1, 8.

⁹ Derselbe, 9.

¹⁰ Gutersohn, a. a. O., 8.

¹¹ Armin Meili, Aufsatz NZZ, 4 ff.

danken hinsichtlich Verhältnis Stadt und Land hinausging: Bekämpfung der Verflechtung von Stadt und Aussengemeinden, Erhaltung und Schaffung von Grünflächen als Lungen der Stadt; Erhaltung der schönen Bauwerke, Einbeziehung der Bahnlinien als einer der Kernpunkte im Aufgabenbereich der LP, einheitliche Planung hinsichtlich des Strassenverkehrs, saubere Ausscheidung von Haupt- und Nebenstrassen¹², Regelung aller Fragen hinsichtlich des Kanalschlusses, jetzt schon gleiches Vorgehen hinsichtlich des Flugverkehrs; Vergrößerung des Nährraumes: «Die Siedlungsgebiete müssen nach ganz bestimmten Regeln aufgeteilt werden. Es muss darauf Bedacht genommen werden, dass nicht mehr längs der wichtigsten Ausfallstrassen, sondern an Stellen, die für Wohnzwecke günstig, für landwirtschaftliche Ausbeutung dagegen entbehrlich sind¹³, Siedlungen für höchstens 10 000 Einwohner aufgebaut werden. Keine Klumpenstädte, sondern Satellitenanordnung. Das Heil liegt nicht unbedingt im ‚eigenen Häuschen‘, sondern in der Aufteilung des Bodens, dass genügend m² pro Bewohner eines Hauses fallen. Durch Satelliten kann die landschaftliche Schönheit gewahrt werden; Bade- und Klimastationen müssen ihrem besonderen Zweck erhalten bleiben¹⁴.»

In der Folge befassten sich noch eine ganze Reihe weiterer Autoren mit den Problemen der LP. Die Darstellung derselben im Rahmen dieser Arbeit soll aber nicht allzu ausgedehnt sein. Es geschieht dies ja nur der notwendigen Vollständigkeit wegen (der HS als Faktor in der LP und umgekehrt). Nachdem bis anhin die Untersuchungen einiger Autoren genügend ausführlich wiedergegeben wurden, so seien die Resultate weiterer Autoren nur durch die Wiederholung ihrer Definitionen angegeben.

Peter definiert¹⁵: Landesplanung gleich Planung der Nutzung von Grund und Boden¹⁶ schlechthin. Landesplanung soll alle Fragen der landwirtschaftlichen Nutzung, der ländlichen und städtischen

¹² Hinsichtlich der Bahn stellt Meili fest, dass s. Zt. bei Solothurn drei Eisenbahnbrücken gebaut werden mussten, statt gar keiner, nur weil der betr. Grundeigentümer sein Land nicht hergeben wollte.

Für Strassen: Beispiel des Streites über rechtsufrige Walenseestrasse resp. Kerenzerberg; beweist die Unklarheit in der Strassenverkehrspolitik.

¹³ So auch Heinrich Peter, Regionalplanung im Kanton Zürich, 1945, 11.

¹⁴ Meili, a. a. O., 12.

¹⁵ Heinrich Peter, Regional- und LP mit besonderer Berücksichtigung des Zürichsegebietes, 1941, 4.

¹⁶ Zu Recht stellt Winkler fest (a. a. O., 7), dass dies ein Pleonasmus sei.

Besiedelung, der industriellen Bebauung, des Verkehrs, der Erholungsflächen, des Natur- und Heimatschutzes usw. umfassen. Dieselben ordnen sich in die LP organisch ein. Er fügt bei, dass Planwirtschaft oder Wirtschaftsplan nicht notwendig seien, obwohl letzterer die Landesplanung erleichtern würde. Ferner wolle die LP nur die rechtlichen und technischen Grundlagen für eine bestimmte wirtschaftliche Entwicklung schaffen.

Gutersohn definiert¹⁷: Landesplanung ist die Gesamtheit der Massnahmen zur Sicherung harmonischer Landschaftsgestaltung.

Und Winkler¹⁸: Landesplanung ist die Koordination sämtlicher nationaler (staatlicher, wie korporativer und privater) Kulturbestrebungen zur Regelung schöpferisch geordneter Kulturlandschaftsgestaltung¹⁹. Er fügt bei: «Offenbar ... besteht die Gefahr, dass man sich in die Lenkung solcher Kulturbestrebungen verliert, die nicht auf Landschaftsgestaltung hinzielen.» Und zitiert dann Derron: «Von allen überhaupt möglichen Planungsmassnahmen, die zu einem allgemeinen, idealen Ausgleich aller Aeusserungen des Lebens und der Dinge führen, interessieren den Planer nur diejenigen Vorkehren, die sich der direkten Verwendung des «Landes» bedienen und also eine unmittelbare Veränderung der Landschaft bewirken. Diese Veränderung ist der Landesplanung Mittel zum Zweck. Solche Beschränkungen geschehen aus praktischen Rücksichten. Ideal wäre doch die Koordinierung aller Kulturbestrebungen²⁰.»

Nötig ist, hier wiederzugeben, was Gutersohn unter Harmonie versteht. Einleitend stellt er fest, dass der Planer die umzugestaltende Landschaft kennen müsse, wobei diese Kenntnis nicht bloss soweit gehen dürfe, dass sie zu beurteilen erlaube, ob sich eine Baute gut ins Landschaftsbild einordne. «Nein, das Neue soll nicht nur für sich allein zweckmässig und schön sein, sondern es muss sich darüber hinaus völlig in die komplexen übrigen Gegebenheiten einfügen. Diese Forderung setzt allseitiges, wissenschaftliches Erfassen der Landschaft voraus²¹.» Folgerichtig definiert Gutersohn daher²²:

¹⁷ a. a. O., 9.

¹⁸ So bei Gutersohn, a. a. O., 10.

¹⁹ Winkler, a. a. O., 8, Anm. 18: Es ist schwierig, den Begriff der Kulturlandschaft eindeutig zu lösen. (!)

²⁰ So bei Gutersohn, a. a. O., 9.

²¹ Derselbe, 11.

²² 25.

Der Entscheid darüber, ob eine Landschaft harmonisch sei oder nicht, bezieht sich nicht etwa bloss auf das äussere Bild, beschränkt sich also nicht auf einen Entscheid über landschaftliche Schönheit. Wir sprechen erst dann von Harmonie, wenn die natürlichen Gegebenheiten zweckmässig genützt, wenn Siedelung, Wirtschaft und Verkehr einander bestmöglichst angepasst, wenn also das vielfältige kulturellandschaftliche Gefüge, einem kunstvollen Räderwerk gleich, sowohl in seinem inneren Bau, als auch in seinen Funktionen einwandfrei ist. ... Harmonie ist Zusammenklang, ist eine Uebereinstimmung der Teile in einem zusammengesetzten Ganzen, welches damit zu einer höheren Einheit wird. ... Sie ist die innere Ordnung, die den Bestand und den normalen Verlauf der Funktionen gewährleistet. ... Die Harmonie kann sich längst nicht mehr auf eine Einzellandschaft beschränken. Die innere Harmonie muss von der äusseren abgelöst werden, d. h. die Einzellandschaft muss sich organisch in die Umwelt einfügen²³.»

Damit sind die Ansichten der hauptsächlichsten schweizerischen Autoren bekannt. Von eigentlichen Unterschieden zwischen den einzelnen Definitionen kann nicht gesprochen werden. Hingegen fällt auf, dass mit Ausnahme von Gutersohn und Winkler, das ureigenste Wesen jeder Planung (vgl. 41, b) nicht in die Betrachtungen miteinbezogen wurde. Dies führte notwendigerweise dazu, dass die Autoren je und je nur eine gewisse Anzahl der wichtigsten Faktoren berücksichtigten und zudem nur die Ueberbauung, (die «unmittelbare Veränderung», vgl. 46, 20. Zeile) des Landes im Auge haben. So spricht beispielsweise Peter davon, dass weder Planwirtschaft, noch Wirtschaftsplan notwendig seien. Dies ist aber offensichtlich eine Verkennung des Wesens, der Zwangsläufigkeiten der Planung.

Diese Mängel sind teils begreiflich und erklären sich aus den Tatsachen, dass erstens die LP mit all ihren Problemen ein Wissensgebiet allerneuester Zeit ist und sich zweitens anfänglich nur Architekten mit den Problemen befassten, wogegen nun ersichtlich ist, dass sich sehr viel mehr Wissensgebiete mit der LP befassen müssen.

Nach diesen Ausführungen ist unverkennbar, dass die bisherigen

²³ Zeitlich entwickelte Winkler seine Ideen vor Gutersohn. Da beide wissenschaftlich eng zusammenarbeiteten, ist die Ideenparallelität erklärlich. Hingegen muss Gutersohn zugebilligt werden, die Ideen besser durchdacht und demzufolge ausführlicher und genauer festgelegt zu haben.

Darlegungen Gutersohn's in jeder Hinsicht den Vorzug verdienen²⁴. Aus diesem Grund sollen seine weiteren Betrachtungen über die Probleme der LP wiedergegeben werden.

Er stellte also fest, dass das Ziel der LP das Streben nach Harmonie in der Kulturlandschaft sei. «Kulturlandschaft steht im Gegensatz zur Naturlandschaft. ... Dabei soll unter Naturlandschaft eine solche Landschaft verstanden werden, in der der Mensch nicht merkbar landschaftswandelnd gewirkt hat. ... Einzelne Landschaften müssen geschützt werden. Dabei ist wohl zu beachten, dass es bei solchem Schutz nicht um steriles Halten des gegenwärtig Vorhandenen geht. Nein, die natürliche Entwicklung soll weitergehen, aber der Charakter soll sich nicht ändern. ... Ueberwachung durch verantwortungsbewusste und dabei doch der Gegenwart und Zukunft sich verpflichtet fühlende Landschaftspfleger ist eine Aufgabe, welche die LP ergänzt. ... Bernhards²⁵ und seiner Mitarbeiter und Nachfolger Tätigkeit (Innenkolonisation) ist LP auf beschränktem Gebiet²⁶.»

Aus den eingangs gemachten Betrachtungen (41, b) geht des weiteren hervor, dass die *K o o r d i n a t i o n* zum Wesen der P gehört. Dies in einem doppelten Sinne: Mehrere Einzelplanungen derselben Art, z. B. die Strassenpläne einzelner Gemeinden und in der Folge einzelner Kantone usf. werden zusammengefasst. Das ist *H o r i z o n t a l p l a n u n g*. Die Zusammenfassung der Einzelplanungen verschiedener Art, z. B. Nutzungsplan mit Bebauungs- und Verkehrsplan ist *V e r t i k a l p l a n u n g*²⁷. Die Zusammenfassung aller möglichen Einzelplanungen, sowohl in die Breite, als auch in die Höhe ist Koordination in dem einen Sinne²⁸. Und im zweiten: Das Wesen der Planung verlangt die Zusammenarbeit von Städtebauern, Architekten, Geologen einerseits und der Juristen, Nationalökonomern usw.

²⁴ Vgl. Anm. 23.

²⁵ H. Peter, Regional- und LP mit bes. Berücks. d. Zch. Seegebietes, 50: «Die Leistungen des verst. Prof. ETH Bernhard sind leider viel zu wenig bekannt. Ihm ist namentlich die Urbarmachung vieler Sumpfgebiete in der Schweiz zu verdanken. Damit hat er wesentlich zum Gelingen des Planes Wahlen beigetragen. Darüber hinaus hat er sich grosse Verdienste um die Besiedelung solcher neuer Landwirtschaftsgebiete verdient gemacht. Des weiteren wies er auf die grossen Landverluste in unserem Land hin, die als sog. Spekulationsland jahrelang, bevor es als Bauland benutzt wird, öde daliegt.

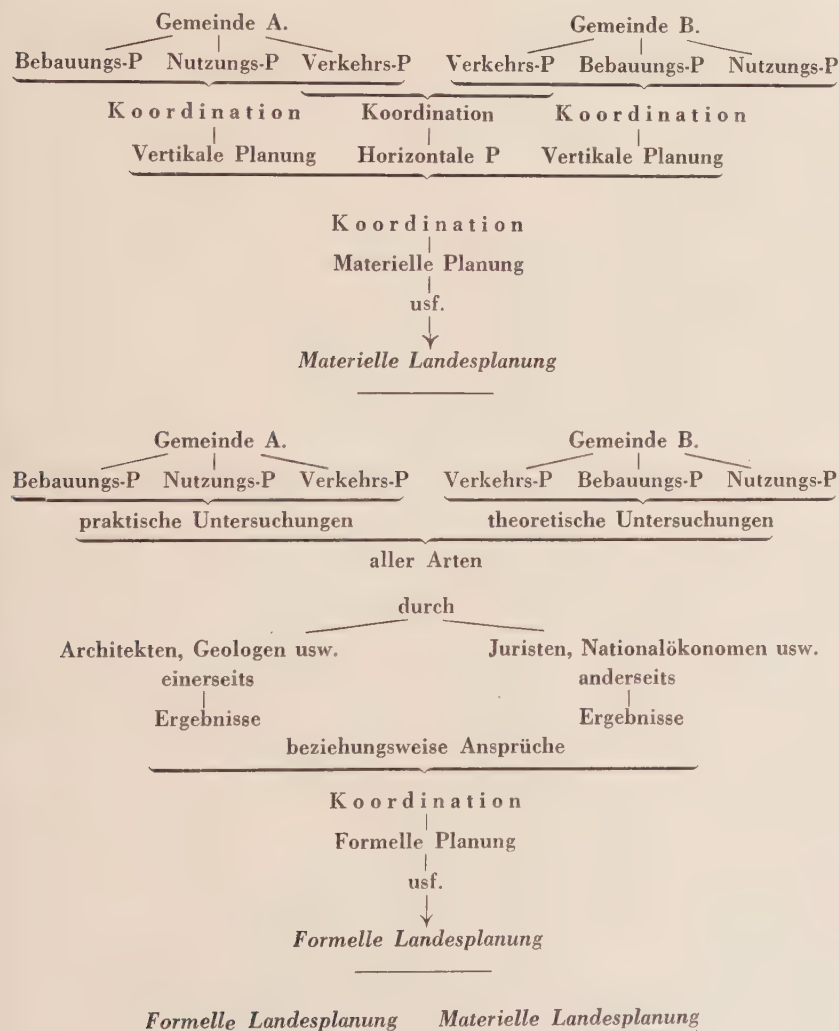
²⁶ Gutersohn, a. a. O., 14 ff., insbesondere 33 und 35 f.

²⁷ Reichlin, Rechtsfragen der LP, ZSR 66, 1947, Heft 4, 181a.

²⁸ Derselbe, 181a.

andererseits, da die Planung selbst Probleme praktischer, wie theoretischer Art aufwirft. Ueberhaupt alle Fachleute und alle Wissenschaftler müssen ihre entsprechenden Ansprüche, bzw. ihr Wissen koordinieren ²⁹.

Nach diesen Ausführungen zum Wesen der Planung soll hier zum besseren Verständnis eine schematische Darstellung folgen:



²⁹ Winkler, a. a. O., 8.

Abschliessend soll nochmals auf Gutersohn zurückgekommen werden. Hinsichtlich der formellen Planung sagt er, ohne jedoch diesen Ausdruck zu verwenden und ohne diese Unterteilung vorzunehmen, dass es gelte, all die Kenntnisse und Bemühungen dieser Mitarbeiter zu koordinieren, d. h. h a r m o n i s c h zusammenwirken zu lassen.

V. Definition der Landesplanung

A. Definition Liver und andere

In seiner Sitzung vom 15. Oktober hat der Vorstand der SVLP beschlossen, die Vorbereitungen einer gesetzlichen Regelung der LP an die Hand zu nehmen. Prof. Dr. P. Liver, wurde beauftragt, ein Gutachten auszuarbeiten. Dieses stellte er auf die Basis der folgenden Definition: «LP ist die Herstellung der räumlichen Ordnung unter den verschiedenen Arten der Inanspruchnahme von Grund und Boden, in welchen die ideellen und materiellen Werte des Bodens, die in der Naturlandschaft liegenden und die durch deren Umgestaltung zur Kulturlandschaft entstehenden, der Volksgemeinschaft möglichst voll zugutekommen³⁰.» Dieser Definition schliesst sich H u b e r an³¹. Ein gleiches tut Reichlin, wenn er sagt: «LP kann man umschreiben, als die Summe der technischen und rechtlichen Vorkehren, mit denen die Nutzung des Bodens weiträumig und auf möglichst weite Sicht geordnet werden soll, so zwar, dass die ideellen und materiellen Werte des Bodens, die in der Naturlandschaft vorhanden und die durch Umgestaltung zur Kulturlandschaft erschlossenen oder geschaffenen, der Volksgemeinschaft möglichst ungeschmälert zugute kommen³².»

³⁰ Liver, Gesetzliche Grundlagen der LP, Referat im Vorstand SVLP, 9. Febr. 1944, nicht veröffentlichtes Manuskript; Geogr. Inst. Universität Zürich.

³¹ Huber H., Bundesrichter, Planung und Eigentumsgarantie mit bes. Berücksichtigung des Nutzungsplanes; nach einem dem Baudep. des Kt. Solothurn am 22. 5. 44 erstatteten Gutachten. Unveröffentl. Manusk. der SVLP, Geogr. Inst. Univ. Zeh.

³² Reichlin, a. a. O., 177a.

B. Kritik der Definitionen

Es ist augenscheinlich, dass sich die Definition Liver an die Feststellungen von Meili und Gutersohn anschliesst, so, wie sich Reichlin Liver anlehnt. Wertvoll für die weiteren, rechtlichen Betrachtungen aber ist, dass Liver unangefochten eine vollständige Basis geschaffen hat, wobei Reichlin nur insofern eine Erweiterung hinzufügte, als er mit seiner Definition auf die Mittel zur Herstellung der räumlichen Ordnung hinweist: die technischen und rechtlichen «Vorgehren» (vgl. vorn, 49, Schema).

Die Definition Liver soll für die weiteren Untersuchungen als Basis verwendet werden.

VI. Der Heimatschutz in der Landesplanung

Unter den zahlreichen Autoren über die LP ist kaum einer zu finden, der nicht auch der HS-Ideen gedacht hätte. So z. B. Gutersohn (vgl. vorn, 46, Definition der Harmonie). Die Probleme sind relativ einfach und sollen daher nur wegen dem, der Arbeit zugrundeliegenden Thema behandelt werden. Statt vieler sei Peter zitiert: «Da unsere ganze Umwelt in erster Linie durch unser Auge erfasst wird, wird der Gestaltung des Raumes das Hauptaugenmerk geschenkt werden müssen. Vom Orts- und Landschaftsbild, von der Erscheinung des Bauwerkes, der Strasse, des Dorfes und der Stadt ist auszugehen, wenn irgend ein Eingriff vorgenommen werden muss, wenn irgend ein Neubau errichtet werden soll. Die Bedürfnisse des Verkehrs, der Industrie und des Wohnens haben sich diesem Rahmen einzuordnen...³³»

Jedenfalls steht fest, dass die HS-Interessen, zumindest, was die ästhetischen Interessen anbelangt, immer bei Projekten sich aufdrängen und der Entscheid über ihre stärkere oder schwächere Berücksichtigung zu fällen ist. Dabei ist einmal zu beachten, dass sie sich insofern von allen anderen Ansprüchen formeller und materieller Art (vgl. Schema, 49) unterscheiden, als sie die einzigen ideell-

³³ Peter, H., Regional-P im Kt. Zeh., 1945, 20.

ler Art sind. (Ideell ist hier in dem Sinne zu verstehen, dass praktisch-theoretisch und materiell-formell je ein Begriffspaar bilden.) Dies verleiht ihnen a priori eine ganz besondere, eigenartige Stellung: Land- und forstwirtschaftliche oder verkehrstechnische oder andere Interessen und Ansprüche werden oft virtuell bleiben, während die HS-Interessen immer aktuell sind.

Hinsichtlich der Beachtung dieser Interessen darf also von einem absoluten Vorrang gesprochen werden.

Hinsichtlich der Berücksichtigung, und das ist das Wesentliche, kann gesagt werden: 1. Die HS-Interessen verbieten die Ausführung eines Projektes. 2. Sie werden berücksichtigt, koordiniert und erzwingen so die Abänderung eines Projektes. 3. Sie werden gänzlich verdrängt durch hervorragende, z. B. wirtschaftliche Interessen. Diese drei Ueberlegungen gelten, ob es sich nun um einen Eingriff in die Kultur- oder Naturlandschaft handle. Dank der Propaganda der HS-Kreise haben deren Ideen so stark Fuss gefasst, dass eine totale Missachtung kaum vorkommt und durch die LP wesentlich weiter zur Geltung kommen werden. Die Verletzung der Ideen mag allerdings so intensiv sein, dass von einer genügenden Berücksichtigung nicht mehr gesprochen werden kann.

Nach dieser Ueberlegung zur letzten der vorgängigen drei Feststellungen kann man sagen, dass die HS-Interessen auch hinsichtlich der Berücksichtigung Priorität haben; eine Tatsache, die notwendigerweise aus der Priorität in der Beachtung fließt.

Damit ist dargelegt, dass sich diese Interessen in zweifacher Hinsicht wesentlich von allen anderen unterscheiden. Eine Unterscheidung kann dann nicht mehr gemacht werden, wenn die Interessen des HS mit anderen gleichgerichtet sind, z. B. mit land- und forstwirtschaftlichen. Die Ausgangspunkte sind verschieden; das Ziel dasselbe. Ferner dann nicht, wenn es sich «nur» um die Erhaltung einer Naturlandschaft als solche handelt, wenn also auch gar kein Eingriff geplant war.

Abschliessend sei zur Stellung des HS in der LP die folgende Meinung wiedergegeben: Die Schönheiten des Orts- und Landschaftsbildes zu wahren, ist die vornehme Aufgabe in der Planung und hat weitgehend Anspruch auf Berücksichtigung.

VII. Die Organisation der Landesplanung

Kern der Planung ist die	Gemeinde- oder Ortsplanung.
Die Gemeinde als Teil einer natürlichen Landschaft:	Landschaftsplanung.
Zusammenspiel der verschiedenen Landschaften:	Kantonale Planung.
Der Kanton als Teil einer Region:	Regionalplanung.
Die acht Regionen der Schweiz:	Landesplanung ³⁴ .

Dies ist die Grunddarstellung der Organisation in geographischer Hinsicht. Wie diese Einteilung entstand und wie im einzelnen die Organe der LP heute tätig sind und in ihren Funktionen zusammenwirken, soll im folgenden kurz dargelegt werden.

Die Aufgabe ist nicht leicht. Trotz der recht zahlreichen Literatur lässt sich nirgends eine zusammenhängende, gute Darstellung finden. Dies deshalb, weil die LP mit ihren Untergruppen in der Schweiz erst seit zirka 15 Jahren konkrete Formen angenommen hat und überdies bis heute noch sehr mangel- und lückenhaft durchgebildet ist, was ihre Organe anbetrifft. Von einer einheitlichen Organisation kann nicht gesprochen werden; niemals aber von einer gesamtschweizerischen, gesetzlichen Verankerung. Die Organe müssen sich daher freiwillig konstituieren und können in ihrer Arbeit vorläufig nicht auf gesetzliche Unterstützung rechnen, weder was ihre untersuchende Tätigkeit, noch die Verankerung der LP anbetrifft.

In seiner Sitzung vom 3. April 1941 befasste sich der Regierungsrat des Kt. Zürich zum erstenmal mit dem Sinn und dem Zweck der Regionalplanung. Er nahm Kenntnis von den Untersuchungen und Studien, die eine Arbeitsgruppe der Ortsgruppe Zürich des Bundes Schweiz. Architekten (BSA) auf eigene Initiative in der Region Zürichsee-Limmattal unternommen hatte. Der Plan dieser Region umfasst 44 Gemeinden und hält vorab die Art und den Gültigkeitsumfang der Bauvorschriften und Bauzonen fest. Eine Regionalplanungsgruppe hat schon 1935 bestanden, welche erstmals amtlich auf Aufforderung von Regierungsrat Streuli in Funktion trat (Unter-

³⁴ So eine Wand-Darstellung der SVLP an der Basler Mustermesse 1947.

suchungen über den Schutz des Greifensees). In der Folge beschäftigte sich die Direktion der öffentlichen Bauten mit der Frage, ob im Kanton Zürich ein amtliches Regionalplanbüro geschaffen werden sollte. Sie ging bei ihren Ueberlegungen davon aus, dass gemäss den Vorschriften des BG von 1893³⁵ die Gemeinden berechtigt und auch verpflichtet sind, Bebauungspläne aufzustellen. Die Gemeinden sollen aber nicht für sich allein planen. Eine gewisse Koordination kann dadurch erzwungen werden, dass die BO³⁶ der Gemeinden der regierungsrätlichen Genehmigung unterliegen (§ 2 BG 1893). Um aber die Koordinierung voll zu erreichen, beschloss der RegR am 23. Juli 1942, einstweilen bis zum 30. Juni 1944 beim kant. Hochbauamt ein Büro für Regionalplanung zu schaffen. Diesem gehört auch ein Fachmann für N- und HS an. Durch Beschluss vom 6. Juli 1944 wurde das Büro definitiv geschaffen.

Der Kanton ist aber kein abgeschlossenes Gebiet für sich. Die Koordinierung mit weiteren Kantonen ist erforderlich. Daher wurde am 16. September 1944 die Regionalgruppe Nordostschweiz gegründet, welcher 6 Kantone angehören.

Für die ganze Schweiz besteht seit einiger Zeit die SVLP. Sitz des Zentralbüros ist Zürich, wo sich auch die Geschäftsleitung befindet. Diese schweiz. Kommission wurde auf Grund der Initiative vom Chef des Bebauungsplanbüros der Stadt Zürich, K. Hippenmeier, gegründet und umfasst eine Reihe Architekten des BSA. Diese Gruppe wurde dann zu einer schweiz. Kommission erweitert. Sie will über Sinn und Ziel der LP aufklären und die Anhandnahme der konkreten Studien fördern.

In der Bundesversammlung kam die LP erstmals im März 1941 zur Sprache, indem Nationalrat Meili einen Bundesbeitrag für die LP-Kommission zu erwirken versuchte. Bundesrat Kobelt nahm die am 4. Juni eingereichte Motion, welche später in ein Postulat umgewandelt wurde, entgegen. Der Bundesrat nahm dazu folgendermassen Stellung:

1. Der Bund ist zur Unterstützung der LP-Bestrebungen bereit.
2. Er unterstützt das Zentralbüro für LP finanziell und wird es auch weiterhin tun. Er verlangt aber ein Arbeitsprogramm.

³⁵ Vgl. 37, Anm. 26.

³⁶ Vgl. 37, Anm. 26.

3. Zentralbüro und Regionalbüro können nützliche Arbeit leisten, hauptsächlich durch Aufklärung, Beratung und Mitarbeit mit den Behörden.
4. Das Wichtigste ist die Koordinierung, sowohl der mit Bauaufgaben beschäftigten Aemter des Bundes, als auch der Kantone und Gemeinden.
5. Der eidg. Delegierte für Arbeitsbeschaffung ist zugleich Delegierter für die Fragen der LP.
6. Die bestehende Gesetzgebung gibt im allgemeinen die nötigen Befugnisse, um auf dem Gebiet der LP die allgemeinen Interessen zu wahren. Im Falle des Bedarfes kann und soll sie erweitert werden ³⁷.

Am 19. Dezember 1944 hat Nationalrat Ernst Reinhard im Nationalrat folgende Motion eingereicht:

Der Bundesrat wird eingeladen, die verfassungsmässigen und gesetzlichen Grundlagen zu schaffen, welche die Durchführung der Landes-, Regional- und Gemeindeplanung einerseits, des Schutzes von Natur-, Bau- und Kunstdenkmälern andererseits ermöglichen ³⁸.

Die Motion wurde, nachdem sie in ein Postulat umgewandelt worden war, vom Nationalrat im Dezember 1945 angenommen ³⁹. Der Bundesrat hat sich dazu noch nicht geäussert ⁴⁰.

Diese Ausführungen mögen bestätigen, dass die LP und ihre Untergruppen noch stark in den Anfangsstadien sind. Von einer LP im Sinne einer möglichst weitgehenden Gesamtplanung kann nicht die Rede sein. Vorerst beschränken sich die Untersuchungen und Planungen im Bund, in den Kantonen und Gemeinden vorab auf die Gebiete jeglicher Bautätigkeit allgemein auf Gebiete, die dank der umfassenden Gesetzgebung, der sie unterworfen sind, weitgehend planerische Eingriffe verschiedenster Art zulassen. So vorab auf dem Gebiete des Eisenbahnwesens, der Schifffahrt, des Luftverkehrs, des Strassenwesens, der elektrischen Kraftübertragungsleitungen, der Wasserwirtschaft usf.

³⁷ Reichlin, a. a. O., 212a, auszugsweise.

³⁸ Uebersicht der Verhandlungen der Bundesversammlung, Wintersession 1944, 19.

³⁹ Uebersicht der Verhandlungen der Bundesversammlung, Wintersession 1945, 23.

⁴⁰ Reichlin, 217a.

VIII. Die Grenzen der Durchführung der Landesplanung

Diese umfassend zu besprechen, hätte die Behandlung der Mittel der LP als Voraussetzung. Diese sollen aber erst im engeren Zusammenhang, mit der Durchsetzung der HS-Gedanken, behandelt werden. Hier seien kurz die wesentlichsten Gesichtspunkte erörtert.

Es ist selbstverständlich, dass in unserem Rechtsstaat die LP auch nur mit Rechtsmitteln durchgesetzt werden kann. Für den Bund sind die Mittel noch sehr rudimentär. Ausser den schon erwähnten Verfassungsartikeln und Bundesgesetzen und der Auflage gewisser Bedingungen bei Erteilung von Subventionen steht dem Bund kein Rechtsmittel zur direkten landesplanerischen Tätigkeit zur Verfügung. Vielmehr sind ihm starke Grenzen gezogen durch die verschiedenen, in der BV genannten Freiheitsrechte und durch die kantonale Souveränität.

Grössere Möglichkeiten besitzen die Kantone, wobei allerdings nicht mehr von LP gesprochen werden kann. Es darf aber nicht vergessen werden, dass auch den Kantonen ihrerseits durch die Gemeindeautonomie strenge Grenzen gesetzt sind. So vorab in allen Belangen, welche das Grundeigentum berühren, namentlich aber im Bau-recht, welches am stärksten die Gemeindeautonomie widerspiegelt.

Die unterste, kleinste Einheit in der LP bilden die Gemeinden. Analog zum vorher Gesagten gilt, dass die Möglichkeiten planerischer Tätigkeit zwar in den Gemeinden am grössten, hinsichtlich der Wirksamkeit der LP aber am bedeutungslosesten ist. Das erfasste Gebiet ist zu klein. Wo sich die planerische Tätigkeit nur auf das Grundeigentum bezieht, und dies ist bis heute der Fall, sind die Möglichkeiten wiederum sehr gering. Dies liegt in der rechtlichen Ausgestaltung des Grundeigentums begründet ⁴¹.

⁴¹ Vgl. hinten, 78, § 5.

§ 4 DIE NOTWENDIGKEIT UND GRENZEN DES HEIMATSCHUTZES

I. Die Notwendigkeit der Eingriffe

Die Aufzählung der Interessen, welche dem HS-Gedanken zugehörig sind, zeigen, dass es sich um ein *i d e a l e s* Gut handelt. Man kann von jedem und überall hören, dass solches Gut heute nicht hoch im Kurse stehe. Vielmehr werde der politischen und wirtschaftlichen Situation wegen vorab den materiellen Belangen der Vorzug gegeben. Das ist aber nicht ganz richtig. Es ist wohl vielmehr so, dass zwar der Einzelne für seine eigensten Interessen nur materielles Denken aufbringt, dass aber das ästhetische Interesse des Gemeinwesens nicht mehr bestritten wird. Der einzelne Bürger greift die Interessen des HS erst dann an, wenn er sich dadurch in seinem Grundeigentum geschmälert oder stark geschädigt fühlt. Da es sich aber bei diesen Interessen des HS um solche öffentlichen Charakters handelt, ist das Folgende auch nur unter diesem Gesichtspunkt zu betrachten.

Ueber die Notwendigkeit des HS, resp. der Eingriffe, liesse sich sehr viel sagen. Dies ist aber in der gesamten HS-Literatur schon so ausgiebig geschehen, dass darauf verzichtet werden kann. Es sei hier vorab verwiesen auf die Sammlung der Monatschriften der schweiz. Heimatschutzvereinigung und auf das Programm zur Rektoratsfeier der Universität Basel von C. A. Wieland, 1905, 3 ff.

Die Notwendigkeit kann allerdings weder juristisch, noch logisch begründet oder bewiesen werden. Das liegt in der Natur der Sache. Daher kann der Schreibende nur seiner Auffassung, dass es notwendig sei, dass das Gemeinwesen seine HS-Interessen wahrnehme und so weit möglich durchsetze, Ausdruck verleihen. Ob es juristisch auch *b e r e c h t i g t* sei, ist eine andere Frage.

II. Die Berechtigung der Eingriffe

Die Frage lautet, ob ein öffentlicher Verband auch berechtigt sei, die Interessen des HS wahrzunehmen? Rechtsnormen, welche die ästhetischen Interessen bis zu einem gewissen Grade schützen, gab es schon früh. So bestanden Normen zum Schutze der Denkmäler.

Dieser Schutz beruht aber auf dem geschichtlichen Interesse und hat seinen Ursprung in Italien, «Wo nationaler Stolz und Ruhmesinn von Alters her in den Ueberresten der Antike die Wahrzeichen der eigenen Grösse verehrt hat¹.»

Solche Denkmalschutzgesetze entstanden in allen Kulturstaaten, beschränkten sich aber auf den Schutz in dem Sinne, als sie den Export beweglicher Denkmäler verboten, sowie die unbeweglichen, vor allem Ausgrabungen und besonders schöne und geschichtlich interessante Bauten unter staatlichen Schutz stellten.

Hierin brachte der HS eine wesentliche Erweiterung (vgl. die Ziele der SVfHS, 16 f.). Erst durch diese Erweiterung wurde die oben gestellte Frage aktuell. Der Denkmalschutz entsprach dem Empfinden des Gemeinwesens durchaus und war auch rechtlich nie bestritten. Durch die Erweiterung auch auf die Verunstaltung der näheren Umgebung eines Denkmals, sowie auf das gesamte Landschaftsbild überhaupt, wurde das private Grundeigentum in einem Grade tangiert, welcher vielfach als mit der Eigentumsgarantie unvereinbar erklärt wurde. Das ist auch heute noch so. Die Eingriffe aus Gründen des HS stehen in einem bestimmten Verhältnis zum Grundeigentum: Einerseits die Interessen des öffentlichen Verbandes, auf der anderen diejenigen der Grundeigentümer.

Zwar soll hier noch nicht vom Inhalt des Grundeigentums die Rede sein. Es sei lediglich festgehalten, dass das BGer. zu verschiedenen Malen festlegte, dass das Eigentum keine absolute, unbeschränkte Herrschaft über eine Sache sei. Beschränkungen des verfassungsmässig garantierten Inhaltes seien im Rahmen der jeweiligen Rechtsordnung zulässig, sofern sie im öffentlichen Interesse lägen.

Viel hängt somit von der Auslegung des Begriffes des öffentlichen Interesses ab, oder von dem Begriffe: zum Wohle der Allgemeinheit, wie die Formulierung auch lautet.

Nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung ergibt sich die Konsequenz, dass der öffentliche Verband berechtigt sei, seine HS-Interessen zu wahren. Dabei kann er in den Beschränkungen und in der Expropriation so weit gehen, als diese Tätigkeit den verfassungsmässigen Schutz des Eigentums nicht überschreitet. Aus dieser Fest-

¹ C. A. Wieland, a. a. O., 5.

stellung sind noch zwei Ueberlegungen abzuleiten, die später behandelt werden müssen:

Es ist festgestellt worden, dass der Begriff von der Verletzung des Eigentums vom Begriffe des öffentlichen Wohles abhängt. Daraus ergeben sich immer die gleichen Schwierigkeiten im einzelnen Fall, ob das Gemeinwesen zur Beschränkung berechtigt ist. Die zweite Schwierigkeit liegt bei der Frage der Entschädigung, denn da der verfassungsmässige Schutz des Grundeigentums eine entsprechende Entschädigung bei Eigentumseingriffen verlangt, ist diese immer fällig, sobald ein Eingriff geschehen ist. In diesem Falle liegt die Schwierigkeit in der Entscheidung über die Höhe der Entschädigung.

III. Die Fragwürdigkeit der Durchsetzung

A. Ideell

Es liegt im Wesen der abstrakten Momente der HS-Interessen, dass es oft sehr schwer hält, einmal hinsichtlich des Ideellen im HS die Schutzwürdigkeit irgend eines Objektes, zu bejahen. Gerade aus diesem Grunde ist in der gesamten Literatur kaum ein Satz zu finden, der sich mit diesen Problemen auseinandersetzt. Jeder Autor verzichtet darauf, weil jede Weiterführung der Gedanken in der Diskussion über die Aesthetik, das kulturelle, das geschichtliche Interesse usw. enden muss. Nun gibt es aber keine konkreten Normen, welche es erlaubten, einen undiskutablen Maßstab dieser abstrakten Momente aufzustellen. Damit ist es auch nicht möglich, z. B. für die Aesthetik einen konkreten Wert zu fixieren, der es erlaubte zu sagen, von dieser und dieser Grenze an sei das ästhetische Interesse derart stark vorhanden, dass dieses oder jenes Objekt zu schützen sei. Von da aus gesehen, wird offensichtlich, dass der Gesetzgeber keine Möglichkeit besitzt, mit generell abstrakten Normen den Richter weitgehend nach seinem Willen zu binden. Vielmehr liegt in jedem einzelnen Fall die Entscheidung im Ermessen des Richters oder einer Verwaltungsbehörde. Um diesen unbefriedigenden Zustand etwas zu heilen, wurde verschiedentlich mit sog. Denkmallisten operiert. Von ihnen wird in diesem Abschnitt unter B. die Rede sein.

Allerdings darf gesagt werden, dass trotz der totalen Abstraktheit, Begriffe wie Aesthetik, kulturelles, geschichtliches Interesse bis zu einem gewissen Grad durchaus diskutabel sind. Den meisten Menschen ist ein relativ sicheres Gefühl für den lokalen Entscheid z. B. über Schön und Unschön gleichermaßen eigen. Ueberdies tut der HS-Bund ein Wesentliches zur Vertiefung und Festlegung des ästhetischen Gefühles. Ferner ist zu bedenken, dass die Schutzwürdigkeit eines Objektes in den meisten Fällen nicht nur durch das ästhetische, sondern durch weitere Interessen bestimmt wird, welche in schon geringerem Masse jenes Maßstabes bedürfen. So z. B. das geschichtliche Interesse.

B. Materiell

1. Rechtlich:

Aus dem vorher Gesagten ergibt sich die gesetzgeberische Unmöglichkeit der Festlegung aller jener Interessen, welche den HS ausmachen. Sowohl dem eidgenössischen, wie dem kantonalen Gesetzgeber ist aus der Natur der Sache keine andere Möglichkeit gegeben, als zunächst nur auf seinen Willen zur Schutztätigkeit hinzuweisen. Darüberhinaus kann er seinen Willen nur in unzulänglichem Masse ausdrücken (vgl. Art. 702 ZGB Schluss). Dies gilt sowohl in bezug auf die zu schützenden Objekte, als auch in bezug auf die Art und den Umfang des Schutzes. Auch die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber die entsprechende Norm hinsichtlich der zu schützenden Objekte konkretisieren würde, was dem Gesetz allerdings grosse Schwerfälligkeit verleichte, würde an der (zwangsläufigen) Mangelhaftigkeit nichts ändern. Das Wie und Was der Schutztätigkeit sind derart intensiv verbunden, dass der mangelnde Willensausdruck bezüglich des einen auch das andere mit diesem Mangel behaftet.

Wie sich der zürcherische Gesetzgeber geholfen hat, zeigt die VO betr. den N- und HS. Nach der allgemeinen Umschreibung der zu schützenden Gegenstände folgt eine Spezifikation, die aber nicht abschliessend sein will (§ 1). Der nächste § legt den Umfang des Schutzes dar. Zwangsläufig in sehr weit gefasster Form. Der zweite Abschnitt dieses § ist der Versuch des Gesetzgebers, in allerdings schwachem Masse, zu umschreiben, was er unter Verunstaltung und

Beeinträchtigung verstanden haben will. Abgesehen davon, dass diese VO in ihrem ersten Abschnitt sowohl die verschiedensten Interessen, als auch die verschiedensten Schutzobjekte untereinander mischt, in ihrem zweiten Abschnitt aber das geschichtliche Interesse und damit zwangsläufig die entsprechenden Objekte sonderbehandelt, haftet ihm noch ein weiterer, gleichfalls aus der geschichtlichen Entwicklung heraus begreifbarer Mangel an: Aus der Literatur der SVfHS und insbesondere aus der Literatur der ZVfHS geht hervor, dass sich die HS-Kreise anfänglich gänzlich vom geschichtlichen Interesse distanzierten, vor allem aber erklärten, HS sei nicht identisch mit dem Denkmalschutz². Das vorliegende Gesetz aber ist unverkennbar geradezu schulmässig das Produkt der HS-Kreise und deren Haltung zur damaligen Zeit. Hinsichtlich der HS-Literatur jener Zeit findet der Schreibende keinen andern Ausdruck, als den, dass es nur so wimmle von Artikeln und Notizen über die Verunstaltung und Beeinträchtigung durch Reklametafeln, Aufschriften, Schaukästen und Lichtreklamen. Just diese Aufzählung ist aber auch so in der VO enthalten. Aus dem gleichen Grund, sind auch das geschichtliche Interesse und die parallelen Objekte speziell behandelt. Diese Tatsache ist jedoch ein wesentlicher Mangel hinsichtlich der Wirksamkeit der VO. Zwar fügte der Gesetzgeber seiner Aufzählung^{2a} noch ein «dgl.» bei. Damit hat der Richter oder die Verwaltungsbehörde die Möglichkeit, im Sinne des Gesetzgebers eine Erweiterung vorzunehmen. Gleichwohl ist zu befürchten, dass in praxi vorab die aufgezählten verunstaltenden Objekte das Augenmerk auf sich ziehen, resp. in der Rechtsanwendung viel schwerlicher eine Ausdehnung der Liste der störenden Objekte erfolgen wird, als wenn die Aufzählung kürzer gehalten oder überhaupt durch einen generellen Ausdruck ersetzt wäre (vgl. abschliessend § 7 b der VO).

Weil es aus der Natur der Sache heraus unmöglich ist, die Interessen, welche dem HS eigen sind, zu konkretisieren, konnte der Gesetzgeber nur ein sehr weit gefasstes Rahmengesetz geben. Dieser Mangel wirkt aber auch in der Rechtsanwendung. Ausser dem oben genannten Mangel einer Aufzählung der störenden Objekte, ist dies nicht dem Gesetzgeber zuzuschreiben, sondern liegt gleichfalls in

² i. S. von Statuen u. dgl.

^{2a} Vgl. vorn, 36, Anm. 20, Schluss.

der Natur der Sache. Dieser Unzulänglichkeit versuchte der zürch. Gesetzgeber dadurch zu steuern, dass er in § 4 die Ernennung einer Kommission statuierte. In Ausführung dieses § erliess der Regierungsrat ein Regulativ über die Einsetzung derselben. Darüberhinaus erklärt der Gesetzgeber, dass auch die Gemeinden berechtigt seien, VO über den HS zu erlassen (§ 6 HS-VO). Durch die Einsetzung einer Kommission und durch die Uebertragung einer gewissen Schutztätigkeit an die Gemeinden versuchte der Gesetzgeber die Mängel seiner Normen weitgehend zu heilen. Hinsichtlich der Art des Schutzes konnte eine solche Heilung allerdings nicht eintreten, denn diese hängt eben von den Begriffen, wie Aesthetik, resp. Verunstaltung u. ä. ab. Hinsichtlich des Umfanges ändert sich ebenfalls nichts, wobei hier Umfang in dem e. S. des Wortes zu verstehen ist, als sich der Umfang des Schutzes nur auf ein Objekt bezieht. In einem w. S. d. W. hat der Gesetzgeber allerdings insofern eine Heilung erreicht, als mit den Normen der §§ 4 und 6 die Möglichkeit besteht, praktisch alle Gegenstände hinsichtlich ihrer Schutzwürdigkeit zu überwachen.

Die zürcherische Lösung ist der eine Weg. In anderen Kantonen bestehen sog. Denkmallisten³. Zunächst sei hier die Gelegenheit wahrgenommen, den Begriff des Denkmals kurz zu umschreiben. Denkmal ist ein umfassender Begriff. Unter ihn fallen nicht nur von Menschenhand errichtete Monumente oder Statuen, sondern überhaupt alle Gegenstände, welche sich in der Natur befinden, bewegliche und unbewegliche, mit oder ohne menschliches Zutun entstanden. In diesem Sinne verwendet auch die HS-VO den Ausdruck Denkmal. Allerdings wurde der Begriff ursprünglich enger gefasst. Dies in dem Sinne, als unter Denkmal nur Gegenstände, mit denen ein besonderes geschichtliches Interesse verbunden war, verstanden wurden. Verschiedene Denkmalgesetze unserer Kantone, welche vor Inkrafttreten des ZGB bestanden, hielten an diesem Begriffe fest, wobei allerdings einige auch bereits den Begriff des Denkmals auf natur- und kunsthistorische Gegenstände ausdehnten. In diesem Sinne hat sich der Begriff eingebürgert. Mangels eines besseren wird er hier weiter verwendet. Sicher ist, dass unter ihn nicht nur historische Bauten und andere Sachen mit antiquarischem Wert, sondern

³ Auch für die Gemeinde Zch.: BO der Stadt Zch., Art. 8 und 9.

auch moderne Kunstwerke, seltene Pflanzen und Tiere und ganze Landschaften fallen. Die Denkmallisten stellen also ein Verzeichnis aller Sachen dar, welche mit HS- und Naturschutzinteressen verbunden sind. Ob dem tatsächlich so ist, kann bezweifelt werden. Diese Listen werden durch Kommissionen, ähnlich der zürch., aufgestellt. Ob nun ein Denkmal des Schutzes auf dem Umweg über eine Denkmalliste oder durch direkte Verfügung der Verwaltung teilhaftig werde, stellt keinen Unterschied dar. In beiden Fällen hat doch eine Kommission darüber zu befinden, ob die Schutzwürdigkeit gegeben sei oder nicht. Diese hängt aber von dem nicht a priori festlegbaren Begriff z. B. der Aesthetik ab. Da schon Giesker in sehr ausführlicher Weise über die Technik der Klassierung der Denkmäler Untersuchungen anstellte, sei hier darauf verzichtet (vgl. Giesker, 30 ff.). An dieser Stelle seien nur kurz dessen Untersuchungen zusammengefasst: Eine Behörde oder eine von dieser eingesetzte Kommission nimmt alle schutzwürdigen Denkmäler in ein Verzeichnis auf. Dieser Eintragung kommt aber nur deklaratorische Bedeutung zu. Die Verfügung einer Verwaltungsbehörde belastet erst im einzelnen Falle das betr. Denkmal, d. h. stellt es unter Rechtsschutz. Ausgenommen hievon sind logischerweise alle Denkmäler, welche schon Eigentum des Staates sind. Das gleiche gilt für die Aufhebung des Schutzes: Die Löschung im Denkmalverzeichnis hat nicht auch die Aufhebung der Verfügung zur Folge. Diese muss vielmehr durch eine neue, bezügliche Verfügung erfolgen.

So besehen, erweist sich das System der Denkmalliste als ausserordentlich schwerfällig, den Gegebenheiten unter Umständen wenig anpassungsfähig und überaus zeitraubend. Ueberdies ist die Gefahr gross, dass durchaus schutzwürdige Denkmäler vom Schutze ausgenommen werden. Durch dieses Listensystem erhält der Spruch: «Was nicht verboten ist, ist erlaubt,» hinsichtlich des Verbotes der Verunstaltung u. ä. seine volle Geltung. Demgegenüber hat die zürch. Lösung⁴ den Vorteil: «Objekte, die in der HS-VO als geschützt erklärt sind, geniessen diesen Schutz ohne weiteres kraft VO, ohne dass sie durch besonderen behördlichen Erlass unter Schutz gestellt wer-

⁴ Wobei zu beachten ist, dass alle Beschränkungen aus der HS-VO im Grundbuch anzumerken sind. Insofern stellt das Grundbuch einen Denkmallistenersatz dar. Vgl. hierüber § 6, II, 89 ff.

den müssten (§§ 1 und 2 der VO)⁵.» Allerdings ist zu beachten, dass diese umfassende Unterschutzstellung in ihrem Erfolg davon abhängig ist, ob die Schutzwürdigkeit eines Denkmals dem Bürger bewusst ist. Fehlt dieses Bewusstsein, so fehlt im Falle einer Verletzung der VO der Vorsatz und damit auch die Rechtswidrigkeit. Diese Feststellung gilt allerdings vorab nur für Grenzfälle, wo in guten Treuen verschiedene Auffassungen über die Schutzwürdigkeit bestehen können. Wo aber kein Zweifel besteht, wird das Gericht die Einrede des fehlenden Rechtsbewusstseins nicht schützen (vgl. 60, oben: das ästhetische Empfinden ist in einem gewissen Grade allen Menschen gleichermaßen eigen). Das Obergericht stellt zu Recht fest, dass das Rechtsbewusstsein in bezug auf die Schutzwürdigkeit von Denkmälern im Volke noch nicht derart fest verankert sei, wie z. B. in bezug auf das Stehlen. Der fortwährenden Propaganda der HS-Kreise, sowie der immer ausgedehnteren Tätigkeit der Behörden und Verwaltungszweige wird es aber gelingen, dem Rechtssubjekt mehr und mehr dieses Bewusstsein beizubringen. Wenn dem so sein wird, ist die zürch. Lösung dem System der Denkmallisten⁶ vorzuziehen.

Abschliessend noch eine Ueberlegung: Ist es überhaupt zweckmässig, dass die Interessen des HS gesetzlich verankert sind? Würde nicht weit mehr durch Propaganda, durch Erziehung zur Aesthetik usw. erreicht? Zur Zeit des Aufkommens des HS wurde diese erste Frage sehr ernstlich in Erwägung gezogen und nicht etwa nur von Leuten, welche sich in ihren Spekulationen durch diese Interessen bedroht fühlten. Bedeutende Fachleute sprachen der Gesetzgebung auf diesem Gebiete vorerst jede innere Berechtigung ab. «Sie würde zu einem Uebermass erdentrückter Romantik und zu unkontrollierbarer Gefühlsjurisprudenz führen, die der gesunden Entwicklung des Eigentums nur hinderlich sein kann⁷.» Ganz allgemein wurde von der Gesetzgebung für die Sache des HS nicht viel erwartet. Hierzu stellte aber Wieland zu Recht fest, dass Belehrung und ästhetische Erziehung gegenüber Erwerbssinn und Eigennutz, dort wo Soll und Haben beginnen, beide ihr Ende finden. Nur durch staatlichen

⁵ Bl. ZRS 1947, Nr. 21/24, 174, 359 ff., Entscheid Obergericht III Kammer A, App., 20. November 1947.

⁶ Wobei gedacht ist, dass auch zu jedem Eintrag sofort die nötige Verfügung ergehe. Vgl. 63: Eintrag nur mit deklaratorischer Wirkung.

⁷ So Joseph Kohler, zit. von Wieland. Vgl. nächste Anm.

Zwangsapparat könnten die Interessen des HS wahrgenommen werden. Uebrigens dürfe auch der weitere Sinn des Gesetzes, welches nicht nur Zwang sein wolle, sondern auch Lehre, nicht vergessen werden⁸.

Neben den vorgängigen Untersuchungen über die Grenzen der gesetzlichen Verankerung, welche auch dem angestrebten HS gewisse zwangsläufige Grenzen setzen, sind noch weitere, damit eng zusammenhängende Begriffe zu erörtern:

a) der Begriff «zum Wohle der Allgemeinheit»

Das Gesetz sieht verschiedentlich Eingriffe ins Grundeigentum vor, die im allgemeinen Wohl begründet sind⁹. So z. B. in Art. 702, 705, 711 ZGB. Gebrauchte der Gesetzgeber regelmässig den gleichen Ausdruck, so ist es umso störender, wenn in der bezüglichen, massgebenden Literatur alle denkbaren Fassungen verwendet werden. Wird beim Studium der Fragen um den Begriff des allgemeinen Wohles auch bald klar, dass öffentliches Interesse und dgl. einerseits und allgemeines Wohl andererseits dasselbe bedeuten, wäre es doch wünschenswert, wenn ein fester Begriff verwendet würde. Tuor¹⁰ spricht von «Interesse der Allgemeinheit» und von «öffentlichem Wohl», Kirchhofer¹¹ von «öffentlichem Interesse» und «gemeinem Wohl», Haab¹² verwendet die Ausdrücke «allgemeines Wohl» und «höheres staatliches Interesse»; die umfassendste Sammlung aller denkbaren Kombinationen gibt das Bundesgericht, dessen Ausdrücke lauten: «höheres staatliches Interesse», «öffentliches Wohl», «allgemeines Interesse», «allgemeines Wohl¹³».

«Alle öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, mögen sie durch das Bundesrecht oder durch das kantonale Recht angeordnet werden, setzen Gründe des „allgemeinen Wohles“ voraus. Dieser Satz, der in ZGB 702 ausgesprochen wird, versteht sich von selbst. Er ergibt sich sowohl aus dem Wesen der öffentlich-rechtlichen Eigen-

⁸ Prof. K. Wieland, Heimatschutz und Gesetzgebung, «HS» 1906, Heft 5, 33 ff.

⁹ Vgl. hierüber auch Imboden, Die Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums, SJZ, 40. Jg., Heft 18 und 19.

¹⁰ Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 4. A., 492.

¹¹ Kirchhofer, Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung der Enteignung, ZSR, 1939, Heft 2, 176.

¹² Haab, Komm. zum ZGB, 2. A., Art. 702 N 12.

¹³ BGE 57 I 211; 60 I 272; 43 II 544; 41 I 483.

tumsbeschränkungen, als aus der Eigentumsgarantie¹⁴.» Damit gibt Haab aber nur eine mittelbare Erklärung. Ohne hier auf die Kontroverse, ob das Eigentum eine absolute und schrankenlose Sachherrschaft sei, oder ob die gesetzlichen Schranken ihm von Natur aus *inhärent* seien, eintreten zu wollen, sei vorausgeschickt, dass an der zweiten Auffassung festzuhalten ist. Welches diese Schranken sind, kann nicht allgemeingültig a priori gesagt werden. Allgemeingültig lässt sich aber sagen, dass das Eigentum, weil in die gesamte Rechtsordnung eingebaut, dem Grundsatz von Art. 2 ZGB unterliegt. Mit andern Worten: Jeder Eigentümer kann über eine Sache nach seinem Belieben verfügen, insofern dadurch weder die privatrechtliche, noch die öffentlich-rechtliche Ordnung gestört wird¹⁵.

Demnach können die verfassungsmässigen Eigentumsgarantien der Kantone auch nur einen bedingten Schutz aussprechen, bedingt, wie er sich aus dem Wesen des Eigentums ergibt. Gleichermassen sind auch die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen dem Wesen des Eigentums angepasst. Die Betrachtungen Haabs müssen also, um unmittelbar die Erklärung für den Ausdruck «allgemeines Wohl» zu finden, auf Ueberlegungen zum Wesen des Grundeigentums zurückgeführt werden.

Hinsichtlich der öffentlichen Ordnung gilt, dass diese nur durch Normen des öffentlichen Rechtes gewahrt bleiben kann, da nur diese zwingenden Charakter haben und somit von Amtes wegen anzuwenden sind. Dass die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen das allgemeine Wohl voraussetzen, ist damit erwiesen. Dieser Feststellung im Wortlaut des Gesetzes hätte es nicht mehr bedurft.

Das Folgende zeigt den Zusammenhang zwischen den Begriffen der HS-Interessen und dem allgemeinen Wohl: Es ist schon früher festgestellt worden, dass die HS-Interessen öffentliche sein sollen. Daher sind sie durch zwingendes Recht zu schützen. Das ist aber eine rein juristische, logische Folgerung. Dass aber diese Interessen öffentliche sind, lässt sich auch juristisch nicht beweisen (vgl. 25 f.). Der Gesetzgeber hatte sich ganz einfach zu entscheiden, ob er diese

¹⁴ Haab, Art. 702 N 12.

¹⁵ Erläuterungen zum Vorentwurf ZGB, a. Art. 644 (n. Art. 641) enthielt einen 2. Abs.: Er kann von ihr jeglichen Gebrauch machen, der nicht offenbar einzig zu dem Zwecke erfolgt, andern Schaden zuzufügen.
Vgl. auch Art. 667 I ZGB.

Interessen den öffentlichen zurechnen wolle, oder nicht. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass sie öffentliche seien; denn, dass sie öffentliche seien, ist nicht schon im Begriff der HS-Interessen enthalten, ausser man habe dieses Merkmal vorher schon hineingelegt. Umgekehrt lässt sich ebenso auch nicht sagen, dass die Norm des Art. 702 Beschränkungen öffentlich-rechtlichen Charakters seien, weil sie sich auf die HS-Interessen beziehen. Damit aber ist gezeigt, dass nicht allgemeingültig festgelegt werden kann, was das allgemeine Wohl ist. Wohl aber lässt sich festlegen, was zwingendes und was dispositives Recht ist.

Zusammenfassend: Weil die HS-Interessen durch zwingende Normen geschützt sind, gehören sie zu den öffentlichen Interessen. Hingegen ist es eine andere Frage, zu bestimmen, ob das öffentliche Interesse an einem Denkmal gegeben sei. Wird diese Frage bejaht, so muss die zwingende Norm angewandt werden. Aus dem letzteren aber ergibt sich vom Standpunkt der Wünschbarkeit der HS-Interessendurchsetzung aus eine Grenze insofern, als es dem Richter vorbehalten bleibt, zu entscheiden, ob es sich um ein Denkmal handelt. Diese Entscheidung ergibt sich nicht aus dem Gesetz; sowenig wie sich aus ihm ergibt, ob dieses oder jenes Interesse ein öffentliches sein soll.

Vielmehr hat der Richter über das Bestehen z. B. des ästhetischen Interesses zu entscheiden. Bejaht er dasselbe, so ist die HS-Würdigkeit des betr. Denkmals und, weil der Gesetzgeber die HS-Interessen zu den im allgemeinen Wohl liegenden rechnet, die Anwendung der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen gegeben. Ob das Eigentum beschränkt werden soll, hängt also nur davon ab, ob sich der Richter für die Denkmaleigenschaft einer Sache über den beschriebenen Weg entscheiden kann oder nicht. Dies aber lässt sich für ihn nicht wieder aus dem Gesetz selbst entnehmen.

Dass z. B. das ästhetische Interesse als im allgemeinen Wohle liegend betrachtet werden darf, hat das BGer. verschiedentlich ausgesprochen.

(BGE 41 I 468 ff.) «...denn das von der Verfassung und vom Expropriationsgesetz aufgestellte Requisit, 'wenn das öffentliche Wohl es erheische', ist so weit gefasst, dass darunter ohne Zwang auch ideale Interessen einer grösseren oder kleineren Gemeinschaft von Personen, speziell auch das ästhetische Interesse einer

richtigen Ueberbauung oder des Schutzes des Landschaftsbildes durch das Verbot der Ueberbauung subsumiert werden können...»

Wurde bis anhin der Begriff des allgemeinen Wohles als Grenze hinsichtlich der Durchsetzung der HS-Interessen betrachtet, so muss doch auch die umgekehrte Ueberlegung gemacht werden. Bei einer Beschwerde wegen Verletzung der Eigentumsgarantie, hat es der Beschwerdeführer sehr schwer, zu beweisen, dass das öffentliche Interesse nicht bestehe. Die bundesgerichtliche Feststellung hiezu lautet:

(gleicher Entscheid 482/83) «... Was aber das Vorhandensein des öffentlichen Interesses, d. h. die Frage betrifft, ob wirklich ernsthafte ästhetische Gründe für die Erhaltung des Landschaftsbildes in der fraglichen Gegend und die Verhinderung der Ueberbauung sprechen, so stützt sich der angefochtene Entscheid nach dieser Richtung nicht nur auf ein einlässliches Gutachten der HS-Kommission, dessen Schlüsse natürlich nicht durch blosse entgegenstehende Behauptung entkräftet werden können...».

b) Das Ermessen

So, wie der Begriff des öffentlichen Wohles nicht abgeklärt ist, so wenig Klarheit herrscht für den Begriff des Ermessens. Dabei sind diese beiden Begriffe auf das engste miteinander verknüpft. «Seit zwei Jahrtausenden befassen sich die Rechtsgelehrten mit der juristischen Methode und den juristischen Interpretationsmitteln. Dem freien Ermessen dagegen wird kaum seit einem halben Jahrhundert in der publizistischen Literatur einige Aufmerksamkeit zugewendet. In dieser Zeit ist nun weder in der Theorie noch in der Praxis eine klare, allseits befriedigende und allgemein anerkannte Anschauung erreicht worden¹⁶. Die Meinungen der Schriftsteller gehen weit auseinander¹⁷.» Es in der Tat höchst unerfreulich, in welchem z. T. wenig wissenschaftlichen Tone verschiedene Autoren der letzten 50 Jahre sich kritisieren¹⁸. Solange aber die Ausgangspunkte und die Zielsetzung bei der Behandlung des Problems verschieden sind, solange wird auch *keine* *Ei*n*i*g*u*n*g* zu erreichen sein.

¹⁶ Jellinek, Gesetz, 2, Anm. 8 mit über 50 Literaturangaben.

¹⁷ Laun, 10.

¹⁸ Vgl. Tezner, Einleitung.

Der Begriff des Ermessens hat die Begriffe der Ermessensüberschreitung und der Willkür, sowie der Ermessensüberprüfung im Gefolge¹⁹. «Aber, wie kann die Ermessensentscheidung gesetzeswidrig sein, wenn man keinen überindividuellen Masstab hat», woran allgemeingültig gemessen werden könnte, was Ermessen ist und was gesetzliche Gebundenheit ist²⁰. Und so, wie hier der Masstab fehlt, fehlt er überhaupt für den Begriff des Ermessens. Abgesehen davon, dass auch bei der Gewinnung eines solchen Masstabes es immer noch fraglich sein dürfte, ob sich generell und dennoch einzelgültig sagen liesse, wann Ermessen vorliegt.

Bei der Behandlung des Ermessensbegriffes ist von der Tatsache auszugehen, dass es dem Gesetzgeber nicht möglich ist, mit einer generell abstrakten Norm allen Erscheinungen und Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden. Er kann oft nur allgemeine Richtlinien festlegen. Innerhalb dieses Rahmens muss die Verwaltung und der Richter das Zweckmässige anordnen²¹. Das Ermessen ist der Verwaltung aber nicht charakteristisch. Auch den richterlichen Behörden ist es gegeben. In einigen Fällen sogar ausdrücklich im Gesetz erwähnt²². Immerhin ist das Ermessen in nur minderm Masse den Gerichten belassen²³.

Des weiteren ist davon auszugehen, dass auch die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden Rechtsanwendung ist²⁴. Gesetzgebung einerseits und Verwaltung und Rechtssprechung andererseits sind Stufen der Rechtserzeugung²⁵. Die Vollziehung einer Gesetzesnorm ist Konkretisierung eines abstrakten Rechtssatzes. Diese Konkretisierung erscheint von der Verfassung bis zur Verfügung. Dazwischen liegen die einzelnen Rechtssatzstufen. Relativ höchste Konkretisierung im Vergleich zur Verfassung ist mit der Verfügung erreicht. Und umgekehrt lässt sich dasselbe für die Abstraktheit sagen. Somit liegt die Quelle des Ermessens im Abstand zwischen dem anzuwendenden abstrakten Rechtssatz und dem zu erlassenden konkreten Verwaltungsakt. Je relativ abstrakter ein Rechtssatz ist, desto grösser

¹⁹ Fleiner verwendet auch den Begriff «freies Ermessen».

²⁰ Scheuner, 68; Kirchhofer, Verwaltungsrechtspflege, 47.

²¹ Scheuner, 73.

²² ZGB 706, 717, (ZGB 4 allgemein).

²³ Burckhardt, Organisation, 55.

²⁴ Kirchhofer, Verwaltungsrechtspflege, 51.

²⁵ Jöhr, 30 ff.

ist das Ermessen der Verwaltung²⁶. Mit anderen Worten: Auch für die Verwaltungsbehörden gilt das Prinzip der Legalität²⁷. So will es der Rechtsstaat. Die Durchbrechung in einzelnen Fällen, welche der Rechtsstaat durchaus auch kennt, und was das Opportunitätsprinzip bedeutet²⁸, stellt ebenfalls eine Form des Ermessens dar, soll aber hier nicht behandelt werden, weil auf ganz anderer Ebene liegend. Das Gegenteil wäre Willkür und bedeutete den Polizeistaat. Was aber gesetzesmässig sei, ist desto schwieriger zu bezeichnen, je mehr die Konkretisierung fortschreitet. Nachdem die Verwaltungsbehörden ihre Tätigkeit nach dem obersten Prinzip des allgemeinen Wohles zu richten haben²⁹, ergibt sich die Beantwortung der Frage nach der Gesetzmässigkeit nur aus der Beantwortung, was im allgemeinen Wohl gelegen sei. Dass aber die HS-Interessen tatsächlich das allgemeine Wohl für sich beanspruchen können, haben wir schon festgestellt. Vor dieser Frage aber stellt sich jene, ob z. B. ein ästhetisches Interesse vorhanden sei. Dabei ist noch zu bemerken, dass aber das, was die Behörde für das allgemeine Wohl erklärt, nicht schon im Rechtssinne allgemeines Wohl ist³⁰. Verschiedene Autoren haben versucht, das Ermessen streng von der gesetzlichen Gebundenheit abzugrenzen, andere wiederum sprechen von einer inneren Gebundenheit des Ermessens. Darüberhinaus sind die verschiedensten Terminologien verwendet worden: gebundenes Ermessen, freies Ermessen, technisches und rechtliches Ermessen usw. Es wäre viel wert, wenn nur schon eine gültig anerkannte Terminologie erreicht werden könnte.

Eine neuere Lehre hat festgestellt, dass es zwischen gesetzlicher Gebundenheit und Ermessen keine scharfe Trennung gibt³¹. Ohne hier auf die verschiedenen Theorien eintreten zu wollen, der Begriff ist je nachdem enger oder weiter definiert worden, sei festgehalten, dass sich der Schreibende keiner Theorie anschliessen möchte.

Sicher ist, dass Ermessen nicht Freiheit vom Gesetz bedeutet, die es im Bereich der rechtsstaatlichen Vollziehung nicht geben kann, sondern Ungewissheit über den Gesetzesinhalt³². Diese Ungewissheit

²⁶ Jöhr, 30 f.

²⁷ Fleiner, 140, B.

²⁸ Fleiner, 141, 4.

²⁹ Fleiner, 130 ff.

³⁰ Tezner, 4, II.

³¹ Scheuner, 68; Kirchhofer, Verwaltungsrechtspflege, 47.

³² Scheuner, 73.

darf nicht verwechselt werden mit den Gesetzeslücken oder dem absichtlichen Stillschweigen des Gesetzgebers, welche durch Interpretation nur eine richtige Ausfüllung zulassen³³. Eine allzu enge Fassung des Ermessensbegriffes ist überhaupt abzulehnen. Allgemeingültig lässt sich nur sagen, dass ein unbestimmter Begriff bald eindeutig, bald mehrdeutig ist³⁴. Ist er mehrdeutig, so liegt Ermessen vor. Eine weite Fassung des Begriffes hat aber auch den Nachteil zu grosser Elastizität. Was gerade die Verwaltung gegenüber dem Privaten mit seiner Privatautonomie auszeichnet, ist ihre relativ grosse Starrheit, welche aber der Rechtssicherheit wegen gewollt ist³⁵. Nur um diese Starrheit notwendigerweise durchbrechen zu können, ist der Verwaltung Ermessen gegeben. Die Anerkennung einer weiten Fassung des Begriffes bedeutet aber für die Praxis nicht, dass der Behörde auch tatsächlich das Recht zugestanden werden soll, innerhalb einer Rechtsnorm mit einem oder mehreren unbestimmten Begriffen subjektives Recht zu schaffen. So weitgehend als möglich ist immer zu suchen, ob der unbestimmte Begriff sich durch richtige Gesetzesinterpretation als eindeutig herauschälen lässt. Wo dies nicht möglich ist, soll die Behörde dennoch immer objektiv richtiges Recht schaffen³⁶.

Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gelten prinzipiell ohne weiteres, kraft Gesetzes. Dagegen gibt es Beschränkungen, welche zwar gesetzlich bereits festgelegt sind (also nicht Gewohnheitsrecht), zu deren Wirksamkeit es aber eines zwischen dem Staat und dem Betroffenen liegenden Verwaltungsaktes bedarf. So z. B. hinsichtlich der Festlegung von Bau- und Niveaulinien. Dass dies nicht anders sein kann, ist ohne weiteres ersichtlich. Wird die Baulinie für eine ganze Anzahl von Grundeigentumsrechten festgelegt, so handelt es sich nicht um eine Ermessensfrage. Hingegen liegt Ermessen vor, wenn eine solche Linie für ein einziges Grundeigentum festgelegt werden muss.

Gleich liegen die Verhältnisse bezüglich der Beschränkungen aus Gründen des HS. Diese Beschränkungen gelten kraft Gesetzes. Diese richtige Feststellung erleidet aber eine Durchbrechung in allen je-

³³ Burckhardt, Methode, 258.

³⁴ Kirchhofer, Verw. Rpfl., 51.

³⁵ Fleiner, 140.

³⁶ Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, I. A., 161.

nen Kantonen, welche das System der Denkmallisten kennen. Hier bedarf es für einen jeden Fall einer Einzelverfügung, um die konstitutive Wirkung zu erreichen.

Hinsichtlich des HS und der bezüglichlichen Gesetze in bezug auf das Ermessen ergeben sich folgende Ueberlegungen: § 182 EG enthält zweifellos ein Ermessenselement, weil er es dem Belieben des Regierungsrates, resp. der Gemeinden anheim stellt, ob sie von dem Recht zum Erlass von VO Gebrauch machen wollen oder nicht³⁷. Das gleiche gilt für das BG 1893, § 1a; ebenso für § 6 HS-VO. Diese Wahlfreiheit bezeichnen einige Autoren mit administrativem Ermessen. Dieses interessiert aber hier nicht. Vielmehr ist es jenes, welches im Vollzug der so geschaffenen Normen liegt, also in der Verfügung.

Für die anschliessenden Betrachtungen seien die HS-VO von 1912, sowie die VO der Stadt Zürich von 1925 herangezogen. Beide VO enthalten im gleichen Masse viele unbestimmte Begriffe. Und zwar in bezug auf:

1. die Nennung der Schutzobjekte: Naturdenkmäler, Felsgruppen, alte und seltene Bäume, Landschaftsbilder.
2. die Umschreibung des Interesses: wissenschaftliches Interesse, bedeutender Schönheitswert.
3. die vorkommenden Störungsgrade: Beeinträchtigung, Verunstaltung, Entziehung.

Es ist Aufgabe der zuständigen Behörde, im Einzelfall dem unbestimmten Begriff die notwendige Eindeutigkeit zu verleihen. Das ist Ermessensfrage, welche bei der Erörterung, ob z. B. eine Verunstaltung vorliege oder nicht, eine stark subjektive Tätigkeit ist. Der Auffassung Kirchhofer, die Frage nach der Verunstaltung lasse nur ein Ja oder Nein zu, und sei daher keine Ermessensfrage, kann nicht zugestimmt werden³⁸.

Es mag freilich oft zutreffen, dass eine solche Frage ohne weiteres und objektiv richtig beantwortet werden kann, sofern auf dem Gebiete des guten Geschmacks der Begriff objektiv überhaupt ver-

³⁷ Burckhardt, Organisation, 55 f. nennt dies rechtliches Ermessen, im Gegensatz zum technischen Ermessen.

³⁸ Kirchhofer, Eigentumsgarantie, 144.

wendet werden kann. Abgesehen davon, dass gerade bei Fragen des HS die Feststellung von Kirchhofer über die Mehrdeutigkeit als zum Wesen des Ermessens gehörig, eine diskutable Feststellung ist. Um dies klarer darlegen zu können, sei auf einen anderen unbestimmten Begriff verwiesen: Art. 137 II StGB spricht von Bande. Wie viele Personen braucht es, um von einer Bande sprechen zu können? Auf den ersten Blick scheint der Begriff mehrdeutig zu sein. Allein, bei näherer Untersuchung zeigt sich, dass dem nicht so ist. Mit dem Begriff der Bande muss schon bei zwei Tätern eingesetzt werden³⁹. Nicht so liegen die Dinge z. B. für das ästhetische Interesse. Es mag recht oft der Fall eintreten, da das Interesse so gut bejaht, wie verneint werden kann. In solchen Fällen müsste Kirchhofer zugestimmt werden. Allein, das *Procedere*, welches zu einer Entscheidung (positiv oder anders) führt, ist immer nur eine (subjektive) Wertschätzung der Behörde und kann nicht mit der Resultatgewinnung hinsichtlich des Begriffes der Bande verglichen werden⁴⁰.

Es wurde verschiedentlich auf die beiden Systeme der rechtlichen Schutzordnung hingewiesen: Zürch. System und dasjenige der Denkmallisten. Verlangt letzteres für jeden einzelnen Fall eine Verfügung (mit Ermessenselement), so gilt die zürch. VO kraft Gesetzes. Dieser Grundsatz ist durchbrochen. Die VO spricht in § 9 (Strafbestimmungen) von Verfügungen, welche auf Grund der VO erlassen werden können. Dieser Zustand ist rechtlich unbefriedigend, auch wenn er dem Bedürfnis der Praxis entgegenkommen mag, weil jene Strafbestimmung, in der Absicht, die Rechtsunsicherheit zu beheben, in ausserordentlichem Masse die Möglichkeit der Einrede gibt, die Schutzwürdigkeit sei fraglich gewesen, daher habe die fehlende Verfügung nur so aufgefasst werden können, dass die Behörde die Schutzwürdigkeit selbst als nicht gegeben erachtet habe. Die Frage, wann eine solche Verfügung zu treffen sei, braucht hier nur gestellt zu werden, um sich bewusst zu werden, dass schon in dieser Wahl ein Ermessenselement der Behörde liegt. Denn die Verfügung wird gerade dann anzubringen sein, wenn jener Zweifelsfall eintritt, ob z. B. ein ästhetisches Interesse zu bejahen oder zu verneinen sei.

Umgekehrt wird eine solche Verfügung in der Praxis auch dann

³⁹ SJZ 44. Jg., Heft 18, 281.

⁴⁰ Was Kirchhofer gegenüber auch eine Unterschiebung bedeutete.

angebracht, wenn zu befürchten ist, dass eine Sache, deren Charakter als HS-Objekt ausser jedem Zweifel steht, unwiederbringlich verloren gehen könnte. In diesem Fall kann nicht von Ermessen gesprochen werden, weder hinsichtlich der Anwendung des Gesetzes⁴¹, noch der Art und des Umfanges des damit konstituierten Schutzes.

Mit Bezug auf die Ermessensfrage muss hier auch noch auf die Tätigkeit der HS-Kommission eingetreten werden. Dabei sei vorausgeschickt, dass die folgenden Erwägungen auch für jene Kantone mit den Denkmallisten Gültigkeit haben, da auch dort eine Kommission Antrag über die Aufnahmewürdigkeit, resp. Notwendigkeit der Objekte stellt.

Laut Regulativ⁴² hat die Kommission auf Verlangen ihrer vorgesetzten Behörde oder einer Gemeinde Gutachten abzugeben. Sie kann aber auch von sich aus Anträge stellen⁴³. Untersucht man diese Möglichkeiten auf die Frage, wann auch hier Ermessenstätigkeit vorliege, so ergibt sich:

Wenn die Behörde ein Gutachten einholt, so ist sie sich über die Schutzwürdigkeit nicht absolut klar. Ob bei der Kommission selbst auch Ermessenstätigkeit vorliegt, ist rechtlich irrelevant; denn nur, was die Behörde entscheidet, ist Rechtssatz. Mag das Gutachten ausfallen, wie es wolle, so liegt die Entscheidung bei der Behörde; denn sie ist nicht an den Antrag gebunden; auch gewohnheitsrechtlich nicht. Ist eine anzuwendende Bestimmung auch nach Abgabe des Gutachtens noch unbestimmt, insofern, als sich die Behörde so gut negativ, wie positiv entscheiden könnte, so liegt wiederum Ermessenstätigkeit vor. Handelt es sich aber um ein rein technisches Gutachten, welches nur einen richtigen Entscheid zulässt, so entscheidet die Behörde nicht mehr nach ihrem Ermessen. Sie könnte es auch nicht tun, ansonst Willkür vorliegen würde. In diesem Fall allerdings ist die Behörde an die Kommission gebunden⁴⁴. Stellt die Kommission von sich aus Antrag, so gilt hinsichtlich der Entscheidungsfreiheit der Behörde, was gesagt wurde, solange es sich um einen Entscheid mit Ermessenselement handelt. Kann nicht davon gesprochen werden, ist also die Frage nach der Schutzwürdig-

⁴¹ Burckhardt, Organisation, 55.

⁴² Ueber die Einsetzung einer Kommission, § 2.

⁴³ Regulativ, § 2 II.

⁴⁴ Aber nur, weil in diesem Fall die Kommission richtig entschied, somit die Behörde insofern einfach an das, was rechtens ist, gebunden ist.

keit eines Objektes und natürlich auch umgekehrt, eindeutig beantwortbar, so ist logischerweise die Behörde an den Antrag gebunden, andernfalls sie den ex officio-Charakter der VO verletzen würde.

Das sind die Gefahren, welche einer restlosen Durchsetzung der HS-Interessen entgegenwirken können. Ob das Ermessen überprüfbar sei, oder nicht, spielt auf den ersten Blick keine so grosse Rolle mehr. Diese wichtige Frage verlangt eine Würdigung.

c) Die Ueberprüfbarkeit der Ermessensentscheide

Theoretische Erörterungen, namentlich solche aus der deutschen Verwaltungsrechtslehre, sollen hier nicht angebracht werden, da sie auf die schweizerischen Verhältnisse und vorab auf die zürcherischen keine Anwendung finden können; denn der Kt. Zürich kennt keine selbständige Verwaltungsrechtspflege⁴⁵.

Ohne hier schon auf die administrativen Rechtsmittel eintreten zu wollen, sei festgestellt, dass Verwaltungsakte — Verfügung und Entscheidung⁴⁶ — wegen Unzweckmässigkeit oder Unangemessenheit angegriffen werden können durch die Erhebung eines administrativen Rechtsmittels. Die Frage der Zweckmässigkeit oder Angemessenheit eines Verwaltungsaktes ist eine Frage des Ermessens der Verwaltungsbehörde. Innerhalb dieser Ermessenstätigkeit kann keine Rechtsverletzung stattfinden, erst die Ermessensüberschreitung und der Ermessensmissbrauch begründen eine solche. Der Angriff mit dem Rechtsmittel zielt also auf die Ersetzung der unrichtigen Ermessensbetätigung ab. Insoweit ist die Verwaltungskontrolle nicht Rechtskontrolle, sondern Ermessenskontrolle. Die Ermessenskontrolle besteht also nicht in der Erledigung von Rechtsstreitigkeiten im Verwaltungsfache⁴⁷. Hingegen sind Streitfragen über die Handhabung des Verwaltungsermessens «Streitigkeiten im Verwaltungsfache» im Sinne von Art. 40 V und 45 II zürch. KV. Positivrechtlich steht daher einer Ueberprüfung der Akte aus Ermessensstätigkeit nichts entgegen⁴⁸. «Auch rein begrifflich lässt sich gegen die Ermessensüberprüfung ... nichts einwenden: Ermessenskon-

⁴⁵ Eine entsprechende Vorlage für ein VerwRPfGes wurde 1935 verworfen.

⁴⁶ Fleiner, 145.

⁴⁷ Merkl, VR, 375; Fleiner, 145.

⁴⁸ Fehr, 274.

trolle stellt nämlich materielle Verwaltungstätigkeit dar; da aber die Rekursinstanzen... innerhalb der hierarchischen Ordnung der Verwaltungsorgane eingegliedert sind, ... müssen sie zur Ermessensüberprüfung berechtigt sein ⁴⁹.»

Der Ermessensüberprüfung steht nichts entgegen. Nachdem aber auch die Rechtswidrigkeit Gegenstand der Kontrolle ist, fällt bis zu einem gewissen Grade die Unterscheidung zwischen Rechts- und Ermessenskontrolle im Kt. Zürich dahin ⁵⁰. «Immerhin kann sie praktisch ... eine Rolle spielen, als nach ständiger Praxis in Wahrung der Gemeindeautonomie die Ermessensakte der Gemeindebehörden wegen ihrer Unzweckmässigkeit nicht anfechtbar sind, die Unangemessenheit eines gemeindebehördlichen Beschlusses nicht Rekursgrund ist ⁵¹.» Nur vom Standpunkt der Willkür und der Rechtsverletzung aus besteht die Kontrolle.

Auf die Verhältnisse hinsichtlich der Verwaltungskontrolle im Bund soll hier nicht näher eingetreten werden. Allgemein besteht beim BGer., welches seit des BG vom 1. März 1929 Verw. Ger. ist, keine Ermessenskontrolle; denn das Ermessen ist keine Beschwerdematerie. Die Beschwerde ist ein appellationsähnliches Rechtsmittel ohne Ermessenskontrolle. Erst Ermessensüberschreitung, also Willkür und die klare Verletzung von Rechtsvorschriften unterstehen der Ueberprüfung durch das BGer.; gleichgültig, ob Bundes- oder kantonales Recht berührt wurde ⁵².

2. Finanziell

a) hinsichtlich der freiwilligen Schutztätigkeit

Dem HS-Gedanken droht nicht nur in der bisher dargelegten Materie — der rechtlichen — auf Durchsetzung Gefahr, sondern auch durch den Mangel an finanziellen Mitteln. Dies muss, was die freiwillige Schutztätigkeit anbelangt, auch nur so gesagt werden und bedarf keines weiteren Kommentares. Dabei ist allerdings eine Unterscheidung anzutönen: Die Mittel des Staates dürften umfangreicher sein, als diejenigen Privater, sofern der Staat auch gewillt ist, ent-

⁴⁹ Fehr, 275.

⁵⁰ Vgl. Kirchhofer, VerwRPfl, insbes. 3, 13, 24, 40 und 47 ff.

⁵¹ Fehr, 276.

⁵² Kirchhofer, 47.

sprechende Fonds zu äufnen. In dieser Hinsicht muss das Verhalten von Kanton und Gemeinde Zürich als grosszügig bezeichnet werden. Den meisten übrigen Gemeinden dürften die finanziellen Mittel nicht reichen. Vom Bund sind keine wesentlichen Leistungen zu erwarten.

b) hinsichtlich der rechtlichen Schutztätigkeit

In Anlehnung an das EG z. ZGB bestimmt § 10 HS-VO, dass von der Anwendung der VO abzusehen ist, wenn die vorzunehmenden Eingriffe ins Grundeigentum mit unverhältnismässig hohen Kosten verbunden sind. In solchen Fällen sei zur Expropriation zu schreiten. Nachdem aber auch die Expropriation nur gegen volle Entschädigung zulässig ist, kann die Differenz zwischen der Kaufsumme und der Expropriationsentschädigung nicht übermässig sein, wie wohl anzunehmen ist, dass die «volle Entschädigung» für den Betroffenen zu Gunsten des Staates immer einen Verlust darstellen wird, namentlich, wenn es sich um grössere Spekulationsgewinne handelt. Abgesehen davon, dass erst in zweiter Linie expropriert werden soll, kann ein Staatswesen nicht wohl bei jeder Gelegenheit diesen Weg wählen. Ueberdies sind der Finanzkraft der Oeffentlichkeit auch da Grenzen gesetzt.

Nachdem bisher der HS vom rechtlichen und vom Standpunkt des Staatswesens aus betrachtet wurde, soll im folgenden Teil der Standpunkt der Grundeigentümer mehr berücksichtigt werden.

ZWEITES KAPITEL

Die Beschränkungen des Grundeigentums

§ 5 DAS EIGENTUM NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT

I. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung

A. Der Eigentumsbegriff des gemeinen Rechtes

Eine kurze Vorbemerkung: Zwar wird in diesem Kapitel von der Grund-Eigentumsordnung die Rede sein. Da aber der Begriff und der Umfang des Eigentums mit demjenigen des Grundeigentums übereinstimmen, sei zunächst beim ersteren eingesetzt. Dem entspricht auch die Gliederung der Eigentumsordnung als der ersten Abteilung des Sachenrechtes: Die allgemeinen Bestimmungen sind in einem 18. Titel vorausgeschickt. Sie gelten sowohl für die Eigentums-, als auch für die Grundeigentumsordnung. Von ihnen soll zunächst die Rede sein¹.

Die gemeinrechtliche Lehre folgt dem römischen Recht. Sie stellt das Eigentumsrecht als absolutes, unbeschränktes Herrschaftsrecht an einer Sache dar. Das ist aber nur Lehre; denn tatsächlich widersprechen die Konsequenzen aus dieser Begriffsauffassung jeglicher rechtstaatlichen Ordnung. «Keine positive Rechtsordnung kann umhin, von der Fülle der dem Eigentümer eingeräumten Befugnisse dieses oder jenes «abzubrechen», so dass der Eigentümer in bestimmter Hinsicht über seine Sache nicht frei verfügen, seine Sache nicht frei benutzen kann².» Diese Lehre statuiert, dass die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen dem Eigentum nicht inhärente Inhaltsbestimmungen, sondern nachträglich aufgezwungene seien.

¹ So Tuor, 448.

² Jhering, der Zweck im Recht, 519 ff.

B. Der Eigentumsbegriff des deutschen Rechtes

Die entgegenstehende Auffassung, wonach die Beschränkungen dem Eigentum immanent seien, stammt aus der deutsch-rechtlichen Lehre: «Das Eigentum trägt die Schranken in seinem Begriff.» «Es reicht die Eigentumsfreiheit nur soweit, wie das von der Rechtsordnung gebilligte und mit Rücksicht auf Beschaffenheit und Zweckbestimmung der einzelnen Sachgüter abgegrenzte Interesse es erfordert³.»

Nachdem feststeht, dass es unmöglich wäre, die Sachherrschaft als eine absolute und unumschränkte in die gesamte Rechtsordnung des Rechtsstaates einzubauen, mag es zunächst gleichgültig erscheinen, aus welcher Lehre heraus die Sachenrechtsordnung erfolgt. Praktisch aber ist es nicht gleichgültig. Wer der zweiten Auffassung als der allein und absolut richtigen zustimmt, öffnet in weitem Masse jeglichen Beschränkungen Tür und Tor. Denn es liesse sich schwer festlegen, welche Beschränkungen als mit der Eigentumsherrschaft noch vereinbar und welche als mit ihr im Widerspruch zu betrachten seien. Diese Gefahr besteht ganz besonders nach der sozialen Seite hin, wie sie die deutsch-rechtliche Auffassung gleichfalls vertritt: «Das Eigentum ist nicht zum Missbrauch, sondern zum rechten Gebrauche da⁴.»

C. Der Eigentumsbegriff nach schweizerischem Recht

Der deutsch-rechtlichen Lehre folgt auch das schweiz. Recht. Der Eigentumsinhalt bestimmt sich nach der gesamten Rechtsordnung. Damit ist gesagt, dass nicht nur die privat-rechtlichen, sondern auch die öffentlich-rechtlichen Normen zur genauen Bestimmung herangezogen werden müssen; ebenso auch das Gewohnheitsrecht. Diese allgemeine Inhaltsbestimmung ergibt sich aus Art. 641 ZGB, wonach der Eigentümer nur in den Schranken der Rechtsordnung über seine Sache verfügen dürfe. Wenn es dort allerdings noch heisst, dass er dies nach seinem Belieben dürfe, so kann darin noch eine schwache Anlehnung an die gemeinrechtliche Lehre erblickt werden⁵.

³ Gierke, Deutsches Privatrecht II, 358.

⁴ Holstein, 83; Haab, Art. 641 N 4, (Schluss).

⁵ Haab, Art. 641 N 2.

Das Eigentum soll also weder losgelöst von der konkreten Rechtsordnung, noch «einseitig zivilistisch⁶» betrachtet werden. Vielmehr bedeutet das Eigentumsrecht eine Sachherrschaft, der Rechte und Pflichten zugleich innewohnen. Welcher Art diese sind, wird später darzulegen sein. Darnach definiert Haab: «Eigentum i. S. des schweizerischen Rechtes ist das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache, mit dem sich die dem Eigentümer durch die Rechtsordnung auferlegten Pflichten verbinden, derart, dass die Eigentumsherrschaft nur soweit reicht, als sie mit den dem Eigentümer obliegenden Pflichten vereinbar ist⁷.» So ist dargetan, dass der Eigentumsbegriff — das ZGB verzichtet auf eine feste Definition⁸ — ein veränderlicher ist. Diese Veränderbarkeit resultiert, solange die Privatrechtsordnung fest bleibt, nur aus der Veränderbarkeit des öffentlichen Rechts. Das ist für die Betrachtungen über die Eingriffe aus Gründen des HS von grosser Bedeutung.

Diese Auffassung von der Inhaltsbestimmung des Eigentums ist zweifellos richtig. Hingegen darf nicht vergessen werden, dass damit nur die Grenzen der Sachherrschaft, nicht aber die Grenzen der diese Herrschaft bestimmenden Beschränkungen fixiert sind und demnach — vor allem heute — dem Eigentum grosse Gefahren hinsichtlich der immer mehr zunehmenden Beschränkungen, insbesondere nach der sozialen Seite hin, drohen. Es ist jene Seite der Betrachtungsweise, welche Haab mit «einseitig zivilistisch» antönt. Dass es eine Eigentumsordnung im Sinne des privaten Eigentums geben müsse, ist nicht zum vornherein bestimmt; es hängt vielmehr davon ab, ob der Gestzgeber sich für die Gemeinoder Privatwirtschaftsordnung entscheidet⁹. Dass der schweiz. Gesetzgeber letztere bevorzugte, beweist allein schon das Bestehen einer Privatrechtsordnung. Damit ist aber auch schon gesagt, dass gewisse Beschränkungen (immer des öffentlichen Rechts) nicht erfolgen können, ohne diese grundlegende Ordnung zumindest «anzuschlagen». Da ist die angedeutete Grenze der die Eigentumsherrschaft begrenzenden Normen ihrerseits erreicht. Es kann gar nicht die Rede sein von der vollständigen Umgestaltung der Eigentumsord-

⁶ do.

⁷ Haab, Art. 641 N 4.

⁸ Vgl. Erl. I, 22 und II, 29.

⁹ Burckhardt, Methode, 62.

nung (im Sinne der Privatrechtsordnung als dem Ausdruck der Privatwirtschaft), aber davon, wo diese Umgestaltung beginnt. Es muss gesagt werden, dass es jedenfalls bei Statuierung öffentlich-rechtlicher Beschränkungen — seien es Bundes-, kantonale oder kommunale Normen — der subtilsten Abwägung dessen bedarf, was noch als der Privatrechtsordnung zuträglich betrachtet werden kann.

Konsequenz aus diesen Betrachtungen wäre, nunmehr ebenso allgemeingültig, wie der Eigentumsinhalt definiert ist, die Grenzen des den Eigentumsinhalt zeichnenden Beschränkungen allgemeingültig zu definieren. Der Versuch soll gemacht werden. Man könnte etwa sagen: Die, den Inhalt des Eigentums umschreibenden Beschränkungen des öffentlichen Rechts sind mit der bestehenden Privatrechtsordnung unvereinbar, sobald sie die Verfügungs- und Veräusserungsrechte derart beschränken, dass die durch die Privatrechtsordnung im bestehenden Umfang gegebenen subjektiven Rechte nicht mehr voll bestehen. — Hierbei mag man z. B. an die Vertragsfreiheit, als Ausfluss der Privatautonomie denken.

Dazu noch folgendes: Die Massnahmen gegen die Bodenspekulation, die Vorschriften über die Güterzusammenlegung oder die Bewilligungspflicht für den Hotelbau mögen wohl im allgemeinen Interesse, ja sogar im Interesse des Einzelnen liegen; das ändert aber nichts daran, dass diese Normen z. B. die Vertragsfreiheit wesentlich einschränken. Was hinsichtlich der wirtschaftlichen Seite des Problems zu überlegen ist, wurde im Abschnitt über die Landesplanung gesagt.

II. Die Beschränkungen des Grundeigentums

A. Allgemeines

Art. 641 ZGB statuiert ein Doppeltes: Die Verfügungsmacht und das Abwehrrecht. Das ist die positive, bzw. negative Seite der Eigentumsherrschaft¹⁰. Auf dem Wege zur Systematisierung der Eigentumsbeschränkungen soll nur die positive Seite verfolgt werden.

Diese wird eingeteilt in die tatsächliche und die rechtliche Verfügungsmacht. Nämlich: Besitz, Gebrauch, Genuss usw. einerseits,

¹⁰ Tuor, 448 und 450.

Verkauf, Schenkung, Belastung mit dinglichen Rechten usw. andererseits usw.¹¹

Diesen Rechten stehen alle jene Pflichten gegenüber, welche den Inhalt erst fertig kennzeichnen und der gesamten Rechtsordnung zu entnehmen sind. Sie gehören dem zwingenden Rechte an¹². Das Grundeigentum wird von ihnen ganz besonders betroffen.

Solche Pflichten, Beschränkungen genannt¹³, ergeben sich:

1. aus der Berücksichtigung nachbarlicher Interessen. Sie sind in Art. 684 ff. genannt. Hinzu kommen noch zahlreiche kantonale und kommunale Vorschriften.
2. aus Berücksichtigung des öffentlichen Interesses.
3. aus Art. 2 ZGB. Das dort statuierte Schikaneverbot hat sein Hauptanwendungsgebiet in der Eigentumslehre¹⁴, darf aber, wie dies vielfach irrtümlich geschehen ist, nicht als Eigentumsbeschränkung betrachtet werden¹⁵. Denn dieses Verbot richtet sich überhaupt an alle Träger subjektiver Rechte.

Hinzu kommen ferner alle Beschränkungen aus öffentlichem Recht, sowie die Beschränkungen aus rechtsgeschäftlicher Verpflichtung.

Betrachtet man die gesetzlichen Pflichten hinsichtlich ihres Inhaltes, so können sie — das tut auch die herrschende Lehre — eingeteilt werden in solche, welche den Eigentümer zu einer Unterlassung, Duldung oder zu einer positiven Leistung verpflichten. Dazu noch einige Bemerkungen:

1. Alle Normen, welche den Inhalt des Eigentums negativ umschreiben, sind dem Polizeirecht zuzurechnen¹⁶. Es sind jene, welche den Eigentümer zu einem Unterlassen verpflichten.
2. Alle statuierten Pflichten gelten natürlich auch für den beschränkt dringlich Berechtigten¹⁷.

¹¹ Tuor, 448; Haab, Art. 641, N 6 und 7.

¹² Vgl. über die Notwendigkeit der zwingenden Ordnung, Burckhardt, Organisation, 28 ff.

¹³ Vgl. hinten, 83, vor B.

¹⁴ Tuor, 449.

¹⁵ Haab, Art. 641 N 8.

¹⁶ Burckhardt, Methode, 212.

¹⁷ Haab, Art. 641 N 8.

¹⁸ Haab, Art. 641 N 12.

3. Der Grossteil der Pflichten besteht zwar von Gesetzes wegen, zahlreiche andere jedoch erst nach besonderer Festsetzung. So z. B. die Vorschriften über Baulinien¹⁸.
4. Es bestehen darüber hinaus noch weitere Möglichkeiten der Beschränkungen des Grundeigentums. Man kann sie als virtuelle bezeichnen. Ihre Darstellung soll aber erst später unter dem Abschnitt Eigentumsgarantie erfolgen.

Abschliessend sei der Begriff «Eigentumsbeschränkung» noch kurz gewürdigt. Zu Recht stellt Braunschweiler¹⁹ fest, dass vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus das, was inhaltliche Umschreibung des Eigentums sei, nicht zugleich Beschränkung dieses Inhaltes sein könne. Tatsächlich befriedigt dieser Ausdruck nicht. Alle diese Beschränkungen sind ja dem Eigentum inhärent. Sie können nicht als Wesensfremde, gegen das Eigentum gerichtete betrachtet werden. So rechnet denn auch Haab auf Grund seiner Definition (80) nur die beschränkt dinglichen Rechte und die Vormerkungen, sofern sie eine Verfügungsbeschränkung in sich schliessen, zu den Eigentumsbeschränkungen.

B. Im besonderen

Wie bei Behandlung der Eigentumsrechte, soll auch hier die Rede vom Inhalt und nicht vom Umfang des Grundeigentums sein. Dieser wird in den Art. 667 bis 679 ZGB geregelt, wiewohl zwar das Hauptmarginale A. «Inhalt» lautet. Das ist irreführend²⁰. Wie aber schon weiter vorn gesagt wurde, sind unter Inhalt wissenschaftlich die Rechte und Pflichten zu subsumieren. Umgekehrt muss aber diese Feststellung ihrerseits wieder korrigiert werden. Der Passus «soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht» (Art. 667 II) ist als Beschränkung im Sinne der Inhaltsbestimmung aufzufassen. Und zwar in dem allgemeinen Sinne von ZGB 2²¹.

Die «Beschränkungen» des Grundeigentums sind bekannt. Von

¹⁹ Braunschweiler, Eingriffe in die freie Benutzung des Grundeigentums durch zwingendes kantonales Recht, Diss. Zürich 1942, 17, Anm. 17.

²⁰ Tuor, hat diese Bezeichnung des Gesetzes übernommen, ohne sie jedoch im Sinne der wissenschaftlichen Verwendung zu korrigieren. Vgl. 469 und 427: Vermessung hat nichts mit Inhalt zu tun, vgl. auch 444 unten.

²¹ Wobei man sich fragen kann, ob der Gesetzgeber nicht wohl auf diesen Passus ebensogut hätte verzichten können.

den beiden gesetzlichen Arten interessieren in der Folge nur die öffentlich-rechtlichen Charakters (Art. 680 III). Ihnen gehören die Normen des HS an. Dabei muss (vorläufig) die Einschränkung gemacht werden, dass dieser Satz nur insofern gilt, als diese Normen das Grundeigentum betreffen. Neben den öffentlich-rechtlichen und den privatrechtlichen Beschränkungen besteht allerdings noch eine Gruppe von gemischten — im Sinne von teils öffentlich-, teils privatrechtlichen — Beschränkungen. Davon jedoch später.

Zum Begriff Beschränkung ist nichts mehr zu sagen. Wenn von jetzt ab dieser Ausdruck trotzdem verwendet wird, so in dem fixierten Sinne.

Art. 681 bis 703 bestimmen den Inhalt des Grundeigentums (vgl. Obermarginale zu Art. 680). Diese Bestimmungen stellen aber keine abschliessende Behandlung dar. Das Grundeigentum empfängt in dieser Beziehung seinen Inhalt mehrheitlich aus dem öffentlichen Recht. Ihrem Inhalte nach teilt das ZGB die Beschränkungen ein in:²²

1. Veräusserungsbeschränkungen:

Inwieweit die Bestimmungen aus Art. 681 und 683 ins OR gehören, hier also systemwidrig eingeordnet sind, soll nicht untersucht werden. Hingegen bestehen neben Art. 682 eine grosse Zahl von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, und zwar solche aus Art. 702. Ihr Bestehen erklärt sich vor allem aus der gerade heute immer stärker werdenden Umgestaltung von der Auffassung des Grundeigentums (als eines privatrechtlichen Institutes) hinsichtlich seiner wirtschaftlichen und sozialen Aufgabe. Z. B. BG betr. die eidg. Oberaufsicht über die Forstpolizei, betr. die Massnahmen gegen die Bodenspekulation usw. usw. Denkbar sind hier schon eine ganze Reihe von HS-Normen.

2. Nachbarrecht:

Die Bezeichnung ist unbefriedigend. Nach der herrschenden Lehre²³ sollen unter nachbarlichen Grundstücken nicht nur die tatsächlich sich berührenden, sondern eine weitere Anzahl von

²² Vgl. über alles Folgende Haab, Art. 667—702.

²³ Haab; Tuor; Leemann, Komm. zum Sachenrecht; usw.

Grundstücken verstanden werden. Der Umfang jener richtet sich nach der «nachbarlichen» Interessengemeinschaft von Fall zu Fall. Ueberdies bestehen nebst dem nachbarrechtlichen Immissionenschutz, welcher in Art. 684 ff. abschliessend geregelt ist, eine Vielzahl von kantonalen (polizeirechtlichen) VO, welche im Interesse der Allgemeinheit bestehen. Insofern ist der Ausdruck Nachbarrecht irreführend. Sowohl im Gesetz als auch in der Lehre; denn was öffentlich-rechtliche Beschränkung im allgemeinen Interesse ist, sich also an jedermann richtet, kann nicht wohl Nachbarrecht sein. Abgesehen davon, dass jene kant. Bestimmungen nicht nur Immobilien, sondern in grossem Umfange auch Mobilien betreffen. Darüber hinaus richtet sich der Umfang der «nachbarrechtlichen» Beschränkungen nach kant. positivem und Gewohnheitsrecht (Ortsgebrauch) und auch nach Art. 669, 674 III und 706 bis 710.

3. Recht auf Zutritt und Abwehr:

Auch diese privat-rechtlichen Bestimmungen statuieren Pflichten des Eigentümers. Gegenüber dem Nachbarrecht — soweit nicht die erwähnten kantonalen Polizeiverordnungen einen bedeutend weitergehenden Immissionsschutz, resp. weitergehende Pflichten enthalten —, bestehen diese Pflichten gegenüber einem unbestimmt grossen Kreis von Personen.

4. Die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen:

Die hieraus sich ergebenden Pflichten sind allergrösstenteils in der kantonalen Gesetzgebung enthalten. Einzig Art. 703 betr. die Bodenverbesserung ist eine Beschränkung öffentlich-rechtlichen Charakters; gehörte also nicht ins Zivilrecht.

§ 6 DIE ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN GRUNDEIGENTUMS- BESCHRÄNKUNGEN

I. Die Unterscheidung zwischen öffentlich- und privatrechtlichen Beschränkungen

A. Der Unterscheidungsgrund

«Wenn daher für einen gegebenen Rechtssatz, der über seine juristische Qualifikation nichts aussagt, die Entscheidung darüber, welchem Rechtsgebiet er zuzuweisen sei, nicht schon anhand formaler Kriterien gefällt werden kann, muss, nach Prüfung der Interessenlage¹, ein hypothetisches Urteil darüber gefällt werden, welche Interessen der Gesetzgeber durch die in Frage stehende Norm hat schützen wollen².» Also gehören alle Beschränkungen, welche die Staatsinteressen oder die Interessen anderer öffentlich-rechtlicher juristischer Personen schützen, dem öffentlichen Recht an. Die gegenteilige These in bezug auf den privatrechtlichen Charakter lautet entsprechend. Das ist eine sehr verbreitete Auffassung. Sie ist aber zu schematisch³. In der Tat zeigt es sich, dass die nachbarrechtliche Ordnung unzweifelhaft Normen des öffentlichen Rechtes enthält⁴. Für den Gesetzgeber freilich ist es richtig, dass er seine Entscheidung über die zwingende oder dispositive Ausgestaltung einer Beschränkungsnorm nach Prüfung der Interessenlage vornehme. Wenn aber für uns nicht ersichtlich ist, welches seine Entscheidung war, müssen andere Kriterien zugezogen werden⁵.

Freilich ist die Auffassung Braunschweilers solange richtig, als sich die Interessen tatsächlich einwandfrei so scheiden lassen, dass ohne jeden Zweifel feststeht, was öffentliche und was private Interessen seien. Diese Scheidung ist aber oftmals unmöglich oder zumindest fragwürdig⁶.

¹ hier gesperrt.

² Braunschweiler, 21 f.

³ Haab, Art. 680, N 6.

⁴ Vgl. 71, 2.

⁵ Vgl. Haab, Art. 680 N 6; Egger, Art. 6 N 1 f.; Fleiner, § 4; BGE 56 II 21 ff.

⁶ Egger, Art. 6 N 8.

B. Beschränkungen «gemischter Art»

Vorgängig (84/85) wurde die Einteilung der Beschränkungen, so, wie sie das Gesetz selbst enthält, gegeben. Wie schon erwähnt, bedarf diese Einteilung der Ergänzung. Freilich handelt es sich nicht um Rechtssätze, welche teils dem öffentlichen, teils dem privaten Recht zuzuschreiben sind. Vielmehr sind es Rechtsinstitute, in welchen sich die beiden Arten zu dessen Ordnung zusammenfinden. Z. B. im Nachbarrecht⁷. So kann das kant. Recht (Art. 686) Grenzabstände dergestalt regeln, dass sie einen privatrechtlichen (nachbarrechtlichen) Anspruch gewähren und gleichzeitig Bestandteil des öffentlichen Rechtes bilden⁸. Dies hat zur Folge, dass die Verwaltungsbehörde einschreiten kann, obschon die Nachbarn die Immission dulden und dass anderseits die Nachbarn, trotzdem die Behörde nicht interveniert, aus Art. 684 zu klagen berechtigt sind⁹.

C. Die Folgen der Unterscheidung

1. Der wichtigste (?) Unterschied liegt in der Unmöglichkeit der Aufhebung (oder Abänderung) öffentlich-rechtlicher Beschränkungen durch privatrechtliche Abreden, weil die Normen öffentlich-rechtlichen Charakters zwingend sind¹⁰. Ein gleichwohl abgeschlossenes Rechtsgeschäft wäre nach OR 20 nichtig, weil widerrechtlichen Inhaltes. Hingegen ist eine Abänderung des zwingenden Rechtes durch Rechtsgeschäft im Sinne einer Erweiterung denkbar¹¹. Womit nicht gesagt ist, dass jede Beschränkung (immer öffentlich-rechtliche) regelmässig in diesem Sinne abänderbar sei. Vielmehr muss angenommen werden, dass z. B. die Vorschriften über die Firsthöhe zugleich den Sinn einer ästhetischen Norm haben können. In solchen Fällen — die Entscheidung ist von Fall zu Fall zu treffen, sofern es sich nicht um schon festgelegte Bestimmungen mittels Zoneneinteilung handelt — hat die entsprechende Norm einen absolut

⁷ Burckhardt, Methode, 213.

⁸ Egger, Art. 6, N 9.

⁹ Haab, Art. 680, N 7.

¹⁰ Braunschweiler, 22.

¹¹ Hierbei muss darauf hingewiesen werden, dass der Schreibende sich mit der Frage nach dem öffentlichen, resp. zwingenden Recht, bzw. nach dem privaten Recht usw. nicht auseinandersetzen will.

zwingenden Charakter. Eine abändernde Belastung des betreffenden Grundstückes im Sinne der Verpflichtung zu niedriger Bauweise, könnte nicht ins Grundbuch aufgenommen werden ¹².

Auch die gegenteilige Ueberlegung muss gemacht werden. Nach der Lehre von der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, aus welcher der Grundsatz des Legalitätsprinzipes fliesst, wäre eine Abänderung der beschränkenden Normen durch die zuständige Behörde unzulässig. Hingegen — das wurde schon früher dargelegt — ist es namentlich auf dem Gebiete der Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei nicht wohl möglich, ohne jegliche Modifikation auszukommen. Das Opportunitätsprinzip soll hier nicht mithinein bezogen werden, da aus ihm resultierende Abänderungen anderen Erwägungen seitens der Verwaltung entspringen. Hingegen sei aller jener Fälle gedacht, da eine VO unmöglich alle Erscheinungsformen zum voraus im Sinne einer absoluten Rechtsgleichheit und Billigkeit ordnen kann. Hierher gehören: der Dispens von der Bauordnung ¹³, die Baubewilligung mit Auflage (Revers) ¹⁴.

Als dritte korrespondierende Möglichkeit besteht die der Erweiterung von Beschränkungen durch Verfügung der Verwaltungsbehörde. Diese Möglichkeit jedoch «bedroht» nur einen minimalen Teil der Grundstücke und betrifft vorab Gebäude, «in denen grössere Mengen von Menschen verkehren, (Warenhäuser, Theater usw.) ¹⁵». Solche Verfügungen können erlassen werden im Sinne z. B. des grösseren Schutzes (Feuerpolizei, Tragfähigkeit usw.). Im Kt. Zürich allerdings bestehen auch für diese Verfügungen schon ziemlich eingehende Rahmennormen im Baurecht.

2. Hinsichtlich der Abänderung der privat-rechtlichen Beschränkungen drängen sich ähnliche Ueberlegungen auf:

Zunächst ist es logisch, dass die privat-rechtlichen Beschränkungen durch Rechtsgeschäft aufgehoben, oder abgeändert werden können ¹⁶. Gleichgültig ist, ob die «betroffene» Norm dem Bundes- oder Kantonalrecht angehöre.

Die Abänderung oder Aufhebung privat-rechtlicher Inhaltsbestimmungen oder Uebereinkommen ist namentlich im Interesse

¹² Nussbaum, Bauordnung und Baudienstbarkeiten, ZBGR 14, 213.

¹³ Haab, Art. 680, N 10.

¹⁴ Dasselbst, N 11.

¹⁵ Dasselbst, N 12.

¹⁶ Braunschweiler, 22, 1.

öffentlich-rechtlicher Anstalten ebenso möglich, wie eben die umgekehrte Möglichkeit der Durchbrechung des Legalitätsprinzips in positiver Richtung für das Rechtssubjekt besteht. Man könnte dies als die Durchbrechung nach der negativen Seite hin bezeichnen. Nur diese Möglichkeiten, welche gegen die privatrechtliche Ordnung gerichtet sind, dürften vom wissenschaftlichen Standpunkt aus mit «Beschränkung» bezeichnet werden. Denn sie bringen eine Verschiebung des Grundeigentumsinhaltes mit sich, wie er sich aus der Gesamtrechtsordnung nicht mehr ergibt. Aus diesem Grunde setzt denn auch hier die Frage der Entschädigung ein.

3. Die zwingende Norm ist von Amtes wegen anzuwenden. Das ist ein weiterer Schluss im Zusammenhang mit der Unterscheidungsbegründung von zwingendem und dispositivem Recht.

4. Die Zugehörigkeit einer Norm zum einen oder anderen Recht entscheidet auch im Falle von Streitigkeiten die Frage nach der Gerichtsbarkeit.

5. Ebenso entscheidet sich darnach die Frage nach der Rechtsdurchsetzung, resp. den Straffolgen.

II. Die Beschränkungen und das Grundbuch

1. Im Gegensatz zum Mobilienverkehr verlangt die wirtschaftliche Bedeutung des modernen Immobilienverkehrs eine dieser Bedeutung entsprechende Ausgestaltung der Rechtssicherheit. Eines der bedeutendsten Mittel hiezu stellt das Grundbuch dar. Zweck desselben ist es, die Rechtslage jedes einzelnen Grundstückes klar zu stellen und festzuhalten, indem es über den Eigentümer und die beschränkt dinglichen Rechte Auskunft gibt¹⁷.

2. Da nur diese beschränkt dinglichen Rechte genau genommen die Bezeichnung «Eigentumsbeschränkung» für sich in Anspruch nehmen dürfen, müssen sie auch im Grundbuch eingetragen werden. Dem Eintrag kommt Konstitutiveffekt zu. Anders hinsichtlich der gesetzlichen Beschränkungen. Sie bestehen ohne Eintrag ins Grundbuch. Diesen Grundsatz spricht auch Art. 680 I ZGB aus. Auf diese Weise lässt sich der Inhalt des Eigentums an einem konkreten Grundstück ohne weiteres anhand des Gesetzes und des Grundbu-

¹⁷ Homberger, Komm., Vorbemerkungen zu Art. 942 N 1.

ches ermitteln¹⁸. Diese Auffassung entspricht der grundlegenden These von dem Inhalt des Eigentums, wonach ihm die gesetzlichen Beschränkungen inhärent seien.

Das soeben dargestellte grundbuchliche Prinzip hinsichtlich der gesetzlichen Beschränkungen erleidet aber Ausnahmen. Zwar ist richtig, dass diese Beschränkungen ohne Eintrag bestehen und entstehen; die oben erwähnte Rechtssicherheit verlangt aber, dass in einigen Fällen dennoch eine Buchung stattfinde. Das vorgesehene Mittel ist die *Anmerkung*.

3. Ausnahmen im allgemeinen: Es ist wiederholt gesagt worden, dass einige Beschränkungen, obwohl allgemeingültig im Gesetz festgelegt, doch nicht alle Grundstücke gleichermaßen betreffen und daher besondere behördliche Festsetzungen im einzelnen Fall nötig werden. Umgekehrt ist eine solche Festsetzung (Verfügung) nicht nötig, aber wiederum werden nur einzelne Grundstücke betroffen. Daher werden gesetzliche Wegrechte, wenn sie von bleibendem Bestande sind, im Grundbuch angemerkt (ZGB 696)¹⁹. Hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen bestimmt das Gesetz, dass die Kantone die Anmerkung solcher bestimmen können, dass aber diese Vorschriften der bundesrätlichen Genehmigung unterliegen (ZGB 962).

4. Die Verhältnisse im Kanton Zürich im besondern: Im Anschluss an die letztgenannte Gesetzesbestimmung verordnete das Obergericht, dass die auf Grund der kantonalen Vorschriften über Natur- und Heimatschutz im Sinne von Art. 702 ZGB und § 182 EG z. ZGB von Fall zu Fall verfügten Beschränkungen des Grundeigentums im Grundprotokoll anzumerken seien (§ 54 und Ziff. 1 GO)²⁰. Das Marginale lautet: 2. Anmerkung öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen. Dasselbe gilt für die auf Grund des Baugesetzes für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen an Bewilligungen geknüpften Bedingungen²¹. Ebenso für die schützenden Bedingungen, welche auf Grund der Gesetzgebung über die Wasserpolizei an die Bewilligung von Ausnahmen hinsichtlich der Abstands-

¹⁸ Haab, Art. 680 N 2.

¹⁹ Vgl. auch Art. 80 GBO.

²⁰ Geschäfts-Ordnung für die Notariate und Grundbuchämter (GO). Verordnung des Obergerichtes vom 26. Oktober 1932.

²¹ Ziff. 12, § 54 GO.

vorschriften geknüpft werden²². Da die 15. und letzte Ziffer des umfangreichen § bestimmt, dass noch andere durch administrative Weisungen der zuständigen Behörden einzelnen Grundeigentümern auferlegte Beschränkungen öffentlich-rechtlicher Natur, deren Anmerkung vom Bundesrat genehmigt worden ist (wozu diese Wiederholung?)²³, im Grundprotokoll anzumerken sind²⁴. Damit ist zugleich gesagt, dass die Aufzählung des § 54 GO nicht vollständig sein will; wiederum eine logische Folgerung aus der Auffassung, wonach das Grundeigentum seinen Inhalt aus der positiven Rechtsordnung schöpft und damit eben sehr variabel ist. Die Anmerkungen aus den hier speziell erwähnten 1., 4. und 12. Ziffern sind nicht zwingend vorgeschrieben, sie erfolgen also nicht von Amtes wegen. Dies erhellt aus Ziff. 15 II, wonach nur die Bestimmungen aus Ziff. 9 und 10 von Amtes wegen anzumerken sind.

Aber noch in einer anderen Richtung ist die Aufzählung nicht vollständig: In jeder einzelnen Ziffer sind in Klammer eine oder mehrere Ges oder VO zitiert. In Ziff. 4 z. B. Wasserbaugesetz §§ 65 und 68. Der Sinn dieser Hinweise ist nur der, dass die Anmerkung zulässig ist, sobald sie von der Behörde auf das betr. Gesetz, bzw. die betr. Verordnung gestützt werden kann, ob dann die betr. Einzelsvorschrift in § 54 GO ausdrücklich erwähnt sei oder nicht²⁵.

5. Die Anmerkung und das Prinzip des öffentlichen Glaubens: Die Anmerkung öffentlich-rechtlicher Grundeigentumsbeschränkungen haben keinen konstitutiven Effekt. Das entspricht dem Wesen dieser Beschränkungen. Sie bestehen schon kraft Gesetzes. Sie sind auch nicht des öffentlichen Glaubens teilhaftig; denn sonst könnte sich z. B. jeder Eigentumserwerber darauf berufen, eine andere, nicht angemerkte Beschränkung sei nicht eingetragen, also könne sie ihm auch nicht entgegengehalten werden. Das Eintragungs- und das Öffentlichkeitsprinzip (ZGB 971 und 973) gelten demnach für öffentlich-rechtliche Beschränkungen nicht²⁶.

Wenn also gesagt wird, solche Anmerkungen (mit nur deklaratorischer Bedeutung) dienen der Rechtssicherheit, so ist das zwar

²² Ziff. 4, § 54 GO.

²³ Vgl. ZGB 962 im Zusammenhang mit § 54 GO, 1. Al. und Ziff. 15 I.

²⁴ Alle in § 54 vorgeschriebenen oder gestatteten Anmerkungen sind vom Bundesrat genehmigt worden. AS Bd. 35, 45.

²⁵ Braunschweiler, 52; ZBGR 17, 108, (Volkart).

²⁶ Braunschweiler, 50; SJZ 12, 104.

richtig, aber einseitig betrachtet. Denn vom Standpunkt der Rechtssicherheit hinsichtlich dem Bestande aller Rechtsverhältnisse am Grundeigentum aus gesehen, muss man sagen, dass sie nur so gross ist, wie die Rechtsklarheit. Diese ist aber solange unvollständig, als nicht alle öffentlich-rechtlichen Beschränkungen angemerkt werden können (selbstverständlich teilhaftig des öffentlichen Glaubens), deren Wirksamkeit nicht alle Grundstücke gleichermaßen betrifft oder deren Wirksamkeit einer behördlichen Festsetzung bedarf und damit auch nur wieder einzelne Grundstücke betrifft.

Dass der Anmerkung öffentlich-rechtlicher Beschränkungen nur deklaratorische Bedeutung zukommt und sie daher des öffentlichen Glaubens nicht teilhaftig ist, ist die Konsequenz aus der Auffassung von der Immanenz der Beschränkungen zum Grundeigentum. In dieser allgemeinen Fassung ist der Satz zu absolut. Abgesehen davon, dass in der Vorschrift, gewisse (kanonal- und bundesrechtliche) Beschränkungen²⁷ müssten angemerkt werden, der Grundsatz hinsichtlich des öffentlichen Glaubens zu mindest de facto aufgehoben ist; denn wenn eine solche Beschränkung trotz des zwingenden Charakters der Vorschrift nicht angemerkt würde, könnte sie dem Eigentum auch nicht entgegengehalten werden, woanders es zumindest inkonsequent wäre, dürfte eine zwingend vorgeschriebene Anmerkung, die nicht erfolgte, dennoch entgegengehalten werden.

²⁷ Ziff. 9 und 10 GO § 54 in Verbindung mit Ziff. 15.

DRITTES KAPITEL

Kompetenz der Kantone zum Erlass öffentlich-rechtlicher Grundeigentumsbeschränkungen

§ 7 KOMPETENZAUSSCHEIDUNG ZWISCHEN BUND UND KANTONEN

I. Der Vorbehalt von Art. 702 ZGB zu Gunsten der Kantone und Gemeinden

1. Es stellt sich als Hauptfrage, ob für den Erlass von Grundeigentumsbeschränkungen aus Gründen des Heimatschutzes sowohl der Bund, als auch die Kantone und Gemeinden oder nur die beiden letzteren zuständig seien? Diese spezielle Frage verlangte eine eingehende Beschäftigung mit der Frage nach der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht, sowie mit der Frage nach der Souveränität der Kantone uam. Ein solches Unternehmen würde aber den Umfang dieser Arbeit weit übersteigen. Aus diesem Grunde drängt sich eine Beschränkung auf die Wiedergabe der herrschenden Lehre auf.

Die Kompetenzabgrenzung ist der Bundesverfassung zu entnehmen. Diese regelt die Kompetenzverteilung derart, dass die Kantone kompetent sind, soweit nicht die BV eine Kompetenz dem Bunde zuweist¹.

In diesem Zusammenhang muss Art. 6 ZGB erwähnt werden, welcher besagt, dass die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt werden. Welches diese Befugnisse sind, ergibt sich aus der BV. Aus diesem Grunde ist Haab mit Fleiner der Ansicht, dass ZGB 6 einen selbstverständlichen Grundsatz ausspreche².

Wenn nun trotz dieses Grundsatzes Art. 702 einen Vorbehalt zu

¹ Haab, Art. 702 N 2.

² a. M. Egger, Art. 6 N 3 und 4.

Gunsten der Kantone ausspricht, so stellt sich zwangsläufig die Frage, ob Art. 702 eine Aenderung dieses Grundsatzes in bezug auf das Eigentum mit sich bringt und zwar in der Richtung, dass den Kantonen die Kompetenz noch gar nicht zustände? Tatsächlich ist dem nicht so. Die Lehre ist unbestritten, wonach Art. 702 für die Kantone keine Kompetenzerweiterung bringt. Andererseits aber auch dem Bund keine Kompetenz zuspricht. Für die Kantone kommt Art. 702 also bloss deklaratorische Bedeutung zu³. In dieser Beziehung ist dieser Artikel also ein unechter Vorbehalt⁴. Hinsichtlich der Kompetenzerweiterung zu Gunsten des Bundes wurde gesagt, dass eine solche gleichfalls nicht bestehe. Wenn in diesem Zusammenhang Haab Giesker als anderer Meinung zitiert, so ist das ungenau. Richtiger ist vielmehr, dass Giesker beide Meinungen als durchaus vertretbar hält⁵.

II. Die Kompetenzen des Bundes und der Kantone

Inwiefern die in Art. 702 genannten Kompetenzen tatsächlich dem Bunde und tatsächlich den Kantonen zustehen, ergibt sich nur aus der BV; darnach entscheidet sich auch die Frage, ob die Kompetenz für die dort genannten Gebiete (702) eine ausschliessliche sei. Hinsichtlich der Eigentumsordnung gilt, dass die Kantone nicht ausschliesslich zuständig sind. Gestützt auf BV 23, 24^{bis}, 26, 28, 34, 34^{ter} und 69 hat der Bund umfassende Bau-, Feuer- und gesundheitspolizeiliche Rechtssätze erlassen⁶.

Für das Gebiet des HS ergibt sich aus dem Dargelegten, dass die Kantone zuständig sind; denn in der BV lässt sich keine Kompetenznorm auffinden, die den Bund zum Erlasse eines diese Materie ordnenden Gesetzes ermächtigen würde.

III. Die bundesrechtlichen Normen auf dem Gebiete des Heimatschutzes

Der Bund darf auf dem Gebiete des HS nicht legiferieren. Hingegen sind eine ganze Reihe, HS-Gedanken enthaltende, bundesrechtliche Normen bekannt⁷. Aus dieser Tatsache darf aber nicht

³ Haab, Art. 702 N 3; Braunschweiler, 24.

⁴ BGE 64 I 208.

⁵ Giesker, 206.

⁶ Haab, Art. 702 N 6, auch 685/86 N 11.

⁷ Vgl. 10; 12, Anmerkungen; 38.

abgeleitet werden, der Bund sei zum Erlasse von HS-Normen berechtigt. Das Vorkommen von HS-Normen in einzelnen BG hat eine ganz andere Bedeutung. Wenn z. B. das BG betr. die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (gestützt auf BV 23 und 24bis) vorschreibt, dass die Werke so aufzuführen seien, dass das Landschaftsbild möglichst geschont sei, so betrifft diese Vorschrift das Grundeigentum keineswegs im Sinne einer Einschränkung, wie z. B. die Vorschriften der HS-VO. Dabei ist wohl noch darauf zu achten, dass das Werk nicht zu unterbleiben hat, wenn eine Beeinträchtigung nicht zu umgehen ist. Eine solche Nachgiebigkeit kennt das kantonale Recht nicht. Der Unterschied liegt also m. a. W. darin, dass die kantonalen Normen das Grundeigentum des Privaten betreffen, während die erwähnten bundesrechtlichen HS-Normen niemals privates Eigentum betreffen können; im Gegenteil: solche Vorschriften sind vielmehr dazu angetan, das private Grundeigentum vor Eingriffen durch öffentliche Anstalten zu schützen.

Im Anschluss an den Satz, dass der Bund nicht ermächtigt ist, auf dem Gebiete des HS im Sinne der vorstehenden Ausführungen zu legiferieren, sei aber festgestellt, dass der Bund in Form der Subventionen ein erhebliches Mittel besitzt, das private Grundeigentum zu beschränken. Die Gewährung von Bundesbeiträgen kann von gewissen Bedingungen abhängig gemacht werden. Auf diesem Wege ist der Bund in die Lage gekommen, auch auf Gebieten, die ausserhalb seines verfassungsmässigen Kompetenzbereiches liegen, seinen Willen durchzusetzen⁸.

IV. Die Kompetenz der Gemeinden

So, wie Art. 702 weder dem Bund noch den Kantonen eine neue Kompetenz gibt, ändert er auch nichts am Verhältnis zwischen Kantonen und Gemeinden. Die Kompetenzen der Gemeinden richten sich allein nach der kantonalen Gesetzgebung. Auch hierin ist der Art. nur Hinweis darauf, dass das Grundeigentum seinen Inhalt auch aus Rechtssätzen der Gemeinden erhalten kann. Im Kt. Zürich liegen die Verhältnisse so: Die Gesetzgebung auf dem Gebiete des HS ist zwischen Kanton und Gemeinden dergestalt aufgeteilt, dass

⁸ Liver, Gutachten, 5.

sowohl der Regierungsrat, als auch die Gemeinden berechtigt sind, Verordnungen auf diesem Gebiete zu erlassen⁹. Wenn auch § 3 HS-VO bestimmt, dass die Ausübung des N- und HS in erster Linie Sache der Gemeinden sei, so ändert das nichts daran, dass die Gemeinden durch die kant. Gesetzgebung stark gebunden sind. Zunächst besteht in der erwähnten VO eine einheitliche Ordnung des HS. Diese VO stützt sich auf § 182 EG z. ZGB, welcher auch erklärt, dass, wo der Regierungsrat auf sein Verordnungsrecht verzichte, dieses den Gemeinden zustehe. Zunächst gilt die kantonale VO, wo eine solche der Gemeinden fehlt. Ob eine VO der Gemeinden bestehe oder nicht, hat der Regierungsrat doch ein Aufsichtsrecht, insofern, als er in beiden Fällen einschreiten kann, sofern sich Meinungsverschiedenheiten ergeben oder die Gemeinderäte die erforderlichen Massnahmen (nicht im Sinne des Regierungsrates) ergreifen.

Ferner besteht das Rekursrecht gegen Verfügungen der Gemeindebehörden¹⁰. Was den Schutz des Ortsbildes im Sinne von § 6 der VO anbelangt, unterliegen solche VO der Gemeinden sogar der Genehmigung des Regierungsrates.

Im Anschluss an diese Bestimmung drängt sich eine Kritik der HS-VO auf: § 182 EG nennt als Schutzobjekte: Altertümer, Naturdenkmäler, seltene Pflanzen, Landschaften, Ortschaftsbilder, Aussichtspunkte und Heilquellen¹¹. Diese Aufzählung wiederholt sich mit Ausnahme der Pflanzen und Heilquellen im dritten Absatz, welcher sich mit dem Schutz durch Enteignung oder durch öffentlich-rechtliche Dienstbarkeiten befasst. Die gleiche Aufstellung findet sich auch in der VO, wiewohl z. T. mit anderen Ausdrücken, wobei jedoch der Schutz des Ortsbildes eine besondere Regelung erfährt und eine besondere Kategorie «Baudenkmäler» geschaffen wurde. Wenn unter dem III. Titel (Schutz des Ortsbildes) Strassen und Plätze genannt werden, so deshalb, weil nach RRB Prot. Nr. 1003, vom 9. Mai 1913 zum Ortschaftsbild¹² solche zu rechnen sind. Unbefriedigend wirkt, dass nur die VO der Gemeinden betr. das Ortsbild und betr. einzelner Strassen, Plätze (und Bauwerke von geschichtlicher oder ästhetischer Bedeutung) der regierungsrät-

⁹ Vgl. Reichlin, 315a.

¹⁰ § 3, Abs. 2, VO.

¹¹ Abs. I dieses § spricht von verfügter Verordnung.

¹² Die Verwendung von «Ortsbild» und «Ortschaftsbild» für die gleiche Sache wirkt unbefriedigend.

lichen Genehmigung unterliegen, nicht aber die weiteren VO (vgl. die obenstehende Aufzählung). Des weiteren erweist sich die genannte VO als nicht nur unbefriedigend, sondern als zumindest unklar: Die Gemeinden können Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Erinnerungen knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt durch VO schützen, wo nicht, erfolgt der Schutz durch den Regierungsrat. Dies ergibt sich aus § 5 im II. Abschnitt (Schutz der Baudenkmäler). Aus der VO geht klar hervor, dass solche VO der Genehmigung nicht unterliegen. Dem steht aber der Wortlaut von § 6 b) in Verbindung mit dem letzten Absatz dieses § (Genehmigungspflicht, welche sich eben nur auf § 6 bezieht) entgegen, welcher (vgl. weiter oben) gleichfalls Bauwerke von geschichtlicher oder ästhetischer Bedeutung erwähnt, merkwürdigerweise aber die Qualifikation «erheblicher kunsthistorischer Wert» nicht mehr verwendet.

VIERTES KAPITEL

Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung

§ 8 DIE EIGENTUMSGARANTIE UND DIE EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN

I. Die Eigentumsgarantie der kantonalen Verfassungen

Imboden¹ unterscheidet zwei Entwicklungslinien, welche zum modernen staats- und verwaltungsrechtlichen Grundsatz von der Unverletzlichkeit des Privateigentums führten:

die amerikanisch-französische, welche mit der Proklamation der Unverletzlichkeit des Privateigentums durch die «Virginia Bill of Rights» von 1776 und durch die «Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen» von 1789 dieses Postulat der Aufklärung erstmals zum Grundsatz eines modernen Staates erhoben;

die deutsche, welche sich in die Epoche der landesherrlichen Hoheitsrechte zurückführen lässt, wo der aufsteigenden Macht der feudalen Landesherren in den «iura quaesita», den sogenannten wohlerworbenen Rechten^{1a} der Untertanen eine Schranke gesetzt wurde. Die Entwicklung der deutschen Richtung fand ihren Abschluss mit der Aufnahme des Grundsatzes von der Unverletzlichkeit des Privateigentums in die Weimarer Verfassung².

Der Unterschied der beiden Entwicklungsrichtungen zeigt sich in der gegensätzlichen Betrachtungsweise: «In den Menschenrechts-erklärungen und in den modernen Staatsverfassungen wird die Eigentumsgarantie zumeist objektiv umschrieben; das Privateigentum wird als Rechtsinstitut für unantastbar erklärt. Die deutsche Umschreibung hingegen ist eine subjektive. Nicht das Eigentum als

¹ a. a. O., 3 f.

^{1a} Ueber die Funktion des Ersatzanspruches als Rechtsschutzeinrichtung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes bei Verletzung der «wohlerworbenen Rechte» durch obrigkeitliche Verfügung, vgl. Fleiner, 34.

² Art. 153: «Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet; sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.»

Rechtsinstitut wird gewährleistet, sondern die konkreten, subjektiven Eigentumsrechte werden als unentziehbar betrachtet ³.»

Obwohl die schweizerische BV die Eigentumsgarantie nirgends enthält, weder direkt, noch indirekt ⁴, besteht diese Garantie doch, da sie von allen kantonalen Verfassungen mit Ausnahme derjenigen des Tessins ⁵ ausgesprochen wird. Aber auch dieser Verfassung ist die Eigentumsgarantie zu eigen; denn es handelt sich um einen, jeder Verfassung implizierten, elementaren Grundsatz (BGE 35 I 571).

Es ist noch beizufügen, dass die Auffassung, die schweizerische BV enthalte weder direkt noch indirekt die Eigentumsgarantie, nicht unbestritten ist. Gelegentlich wird die Meinung vertreten, die Garantie sei in BV 23 gegeben ⁶: «Denn da die kantonalen Verfassungen die Eigentumsgarantie ausreichend gewährleisten, hatte der Verfassungsgesetzgeber des Bundes keinen Anlass, seinerseits die Eigentumsgarantie in der Verfassung zu wiederholen. Als weiteres Argument der Richtigkeit dieser Auffassung kann BV 23 Abs. 2 herangezogen werden: Wenn von Bundesrechts wegen nur gegen volle Entschädigung expropriert werden darf, so heisst das, dass im übrigen das Eigentum geschützt sei ⁷.»

Interessant ist der Vergleich der kantonalen Verfassungstexte, welche auf die Eigentumsgarantie Bezug nehmen. Mit Ausnahme der Verfassungen von Zürich, Solothurn und Baselland, welche deutlich die deutsche Richtung erkennen lassen, ist offenbar, dass die übrigen Texte auf der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte basieren ⁸. Sehr deutlich ist die deutsche Richtung gerade in der zürcherischen Verfassung Art. 4, 1. Satz anzutreffen: «Der Staat schützt wohlerworbene Privatrechte.»

Obgleich die verschiedenen Verfassungstexte dergestalt von einander abweichen, so ist doch der Sinn und der Inhalt im wesentlichen überall der gleiche ⁹. Das BGer. misst diesen Unterschieden

³ Imboden, 6.

⁴ Béguin, G., Questions juridiques concernant le plan d'aménagement, ZSR Bd. 66, 1947, Heft 4, 381a: Or — et parfois des juristes l'oublie (!) — ce principe n'est pas inscrit dans la Constitution fédérale.

⁵ Die Zusammenstellung aller Texte findet sich bei Vogt, Rechtmässige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte, zürch. Diss., 4 ff.

⁶ Ruck II, 219. Anders BGE 34 I 334.

⁷ Braunschweiler, 38, Anm. 1; Béguin, Anm. 2; 37 I 520.

⁸ Imboden, a. a. O., 6.

⁹ Kirchhofer, Eigentumsgarantie, 139.

keine Bedeutung zu. Abzustellen sei vielmehr darauf, welche Bedeutung und Tragweite nach «allgemeiner schweizerischer Rechtsauffassung» der Garantie des Privateigentums zukomme¹⁰.

Nach dieser Umschreibung des BGer. bliebe also zunächst die Frage, welche Rechtsgüter durch die Eigentumsgarantie geschützt seien. Das BGer. gibt die Antwort darauf, indem es erklärt, dass durch die Eigentumsgarantie «alle vermögenswerten Privatrechte» geschützt seien¹¹. Dann bliebe nur noch zu untersuchen, welche Rechte dazu zu zählen sind. Dies kann hier jedoch unterbleiben, obwohl die Abgrenzung der durch die Eigentumsgarantie geschützten Rechtsgüter gegenüber den nicht geschützten Rechtsgütern in der Praxis sehr oft Schwierigkeiten bietet¹². Es steht aber ausser Zweifel, dass das Grundeigentum den geschützten Rechtsgütern zugehört.¹³ Wobei das Grundeigentum nicht nur als ein unentziehbares konkretes, subjektives Recht (deutsche Auffassung), sondern auch als gewährleistetetes Rechtsinstitut betrachtet werden muss (amerikanisch-französische Auffassung)¹⁴.

Die Eigentumsgarantie kann, dem Wesen der durch sie geschützten Materien entsprechend natürlich kein absolut zu respektierendes Recht darstellen¹⁵. Es ist mehrmals gesagt worden, dass das

¹⁰ BGE 37 I 503. Dazu Imboden, 7, welcher durchblicken lässt, dass die Auffassung des BGer., die Abweichungen der Texte seien lediglich zufällige redaktionelle Differenzen ohne praktische Bedeutung, nicht anerkannt werden dürfe. Vgl. Anm. 14.

¹¹ Imboden, 9; 68 I 153 u. a. m.; Kirchhofer, 140: die privatrechtlichen Vermögensrechte überhaupt. 57 I 209.

¹² Imboden, 17.

¹³ Kirchhofer, 140 ff.; Braunschweiler, 38 ff.; Imboden, 17; u. a. m.

¹⁴ Imboden sagt (17 ff.): «Immerhin entspricht die Umschreibung der durch die Eigentumsgarantie gewährleisteten Rechte als die ‚Gesamtheit aller vermögenswerten Privatrechte‘ der überkommenen Theorie der wohlverworbenen Rechte. Sie hat auch in der Schweiz der Wissenschaft und der Praxis unverkennbar als Vorbild gedient.» — Damit ist aber zumindest nicht gesagt, dass das Grundeigentum auch als Rechtsinstitut gewährleistet ist. Was allerdings später in anderem Zusammenhang ausgedrückt wird (vgl. Imboden, 20, Anm. 39). Deshalb muss beigelegt werden, dass dem aber so ist. Die Eigentumsgarantie ist auch eine Institutsgarantie, die die Zusicherung enthält, dass das Privateigentum als Rechtsinstitut erhalten bleibt und den Gesetzgeber daran hindert, den Inhalt des Eigentums so weitgehend zu beschränken, dass es den Namen Eigentum nicht mehr verdient (Wolff, 6). Diese Auffassung spricht auch aus dem Aufsatz von Bundesrichter Huber, SJZ 41, 313, wonach die Fundamente der schweizerischen Wirtschaftsverfassung die Vertragsfreiheit, die Handels- und Gewerbefreiheit und neben diesen auch das Grundeigentum seien.

¹⁵ Braunschweiler, 38, 2; Giacometti, das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 1941.

Eigentum nur in den Schranken der Rechtsordnung bestehen kann. So spricht denn auch die zürch. Verfassung davon, dass Zwangsabtretungen zulässig seien, wenn das öffentliche Wohl es erheische. Für solche Abtretungen wird gerechte Entschädigung gewährt¹⁶. Darüber hinaus hat sich der Eigentümer aber auch Beschränkungen zu fügen, welche der Staat im Interesse der Allgemeinheit auferlegen muss. Somit stellt das Grundeigentumsrecht eine Synthese zwischen der vom Staat zu schützenden öffentlichen Ordnung und der absoluten Eigentumsfreiheit dar. In diesem Ausmass wird das Eigentum auch vom Bundesgericht als Hüterin der verfassungsmässigen Rechte der Bürger¹⁷ geschützt¹⁸.

«In den Schranken der Rechtsordnung», welcher Ausdruck schon verschiedentlich verwendet wurde, bedarf noch einer näheren Untersuchung. Wenn auch das Eigentumsrecht keine absolute Herrschaft darstellt, so heisst das umgekehrt auch nicht, dass zunächst einmal der Gesetzgeber ohne Wahl irgendwelche Beschränkungen dem Grundeigentum neu auferlegen könne. Vielmehr gelten für ihn drei Schranken:

1. Die Beschränkung kann nur durch Gesetz¹⁹ erfolgen²⁰.
2. Diese gesetzliche Beschränkung muss durch ein allgemeines Wohl diktiert sein.
3. Die so entstandene gesetzliche Beschränkung darf den Inhalt nicht derart aushöhlen, dass nur noch die «leere Form» bleibt²¹.

Diese Voraussetzungen sind nicht etwa als aus der Eigentumsgarantie fliessend zu betrachten. Die Eigentumsgarantie ruft nur der Entschädigungspflicht im Falle der Expropriation oder expropriationsähnlicher Eingriffe. Die obenstehenden Voraussetzungen ergeben sich vielmehr aus BV 4²².

¹⁶ Art. 4, 2. und 3. Satz.

¹⁷ Kirchhofer, 139.

¹⁸ Dieser Grundsatz entspricht der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung: 60 I 271; 64 I 208; u. a. m.

¹⁹ Wobei unter Gesetz nicht nur Gesetz im formellen Sinne, sondern auch im materiellen Sinne gemeint ist. Vgl. hiezu Imboden, 20 ff.

²⁰ Statt Vieler: Haab, Art. 702 N 8.

²¹ Imboden, 20; Bl. ZRS, Bd. 13, Nr. 25; Wolff, 6.

²² Burckhardt, Komm. BV, 783.

II. Die Enteignung

Die Eigentumsgarantien der Kantone sind keine absoluten (und könnten es auch nicht sein); denn sie enthalten den Zusatz, dass Zwangsabtretungen im öffentlichen Interesse gegen Entschädigung zulässig seien²³. Es ist gesagt worden, dass die Eigentumsgarantie sowohl Wert-, als auch Institutionsgarantie sei.

Der erwähnte einschränkende Zusatz von den Zwangsabtretungen schränkt die Garantie dahin ein, dass beim Vorliegen des Enteignungstatbestandes der Eigentümer nur mehr im Vermögenswert, den die Sache darstellt, geschützt ist²⁴. Oder anders ausgedrückt: Aus der Durchführung einer Zwangsabtretung entspringt für den Betroffenen das verfassungsmässige Recht auf Entschädigung. Das ist die Funktion der Eigentumsgarantie als Wertgarantie: Der Staat kann — wenn ein Entzug im öffentlichen Interesse liegt — dem Eigentümer das Eigentum oder ein daraus fliessendes Recht entziehen, schuldet ihm aber dafür Entschädigung²⁵.

Der Vorbehalt der Enteignungsmöglichkeit stellt also nichts anderes, als eine Präzisierung der Eigentumsgarantie dar. Die Enteignungsmöglichkeiten sind aber nicht, wie Braunschweiler²⁶ annimmt, als Bestätigung und Spezifikation der Garantie zu betrachten; eine Formulierung, die in BGE 37 I 520 anzutreffen ist, aus der der unhaltbare und mit der übrigen Praxis in Widerspruch stehende Schluss gezogen wurde, dass sich die Eigentumsgarantie nur auf die Immobilienrechte beziehe und bei den übrigen Privatrechten die Frage offen bleibe, in welchem Masse sie geschützt seien²⁷.

²³ Richtigerweise enthalten die Verfassungsnormen, welche die Eigentumsgarantie betreffen, der Kantone Waadt und Graubünden auch noch die Bestimmung, dass das Eigentum nur innerhalb der gesetzlichen Schranken gewährleistet sei (vgl. Imboden, 19, Texte Anm. 37).

²⁴ Kirchhofer, 148.

²⁵ Braunschweiler, 40.

²⁶ 39, Anm. 8.

²⁷ Kirchhofer, 148, Anm. 23; m. E. ist es allerdings nicht ohne weiteres begreiflich, weshalb aus dieser Formulierung solche Schlüsse gezogen wurden; hingegen betrachte ich die hieraus resultierende Kontroverse als auf einem Missverständnis beruhend: Die Bezeichnung «Spezifikation» kann allerdings insofern irreführend sein, als sie ausgelegt werden kann, als nur auf Immobilienrechte hinweisend. Eine solche Auslegung muss aber angesichts der konstanten Praxis eher als Unterschiebung bezeichnet werden. Es darf aber zu Recht angenommen werden, dass das BGE diesen Ausdruck im Sinne von «beschränkender Präzisierung» gebrauchte. Was den Ausdruck «Bestätigung» betrifft, so hätte er wohl auch wegbleiben können; denn die Erwähnung der Zwangsabtretungsmöglichkeit ist nicht wohl denkbar ohne das Bestehen der Garantie im Wortlaut der jeweiligen Verfassungstexte.

Was die Verfassungstexte mit der Erwähnung der Zwangsabtretung im Auge haben, ist jedenfalls in erster Linie das, was man die «klassische oder typische Expropriation» nennen kann. Es ist die Enteignung im Sinne der kantonalen Expropriationsvorschriften²⁸: Entziehung von Eigentum, meistens Grundeigentum, für ein bestimmtes öffentliches Unternehmen, das zu seiner Ausführung der Sache bedarf, vermittelt Verwaltungsakt und gegen Entschädigung²⁹. Streitigkeiten betreffend die Grösse der Entschädigung werden von Gerichten beurteilt³⁰. Es sei noch beigelegt, dass Expropriation nicht nur den totalen Vermögenswertentzug bedeutet, sondern auch die Abtretungen oder Einräumungen von Rechten, die aus dem Privateigentum fliessen³¹.

Wichtig ist, dass die klassische Enteignung immer einen Eingriff darstellt. Damit unterscheidet sich Enteignung hierin grundsätzlich von den gesetzlichen Beschränkungen, welche, wenn auch nicht alle Grundeigentumsverhältnisse gleichermassen betreffend, so doch immer eine grössere oder kleinere Anzahl von Grundeigentümern.

Weil aber noch weitere Momente zur Bestimmung der Enteignung, resp. ihrer Abgrenzung von der blossen Beschränkung vorhanden sind, macht es in der Praxis doch oft erhebliche Schwierigkeiten, die beiden Tatbestände klar von einander zu trennen. Diese Unterscheidung ist aber sowohl für den (allenfalls entschädigungspflichtigen) Staat, als auch für den betroffenen Eigentümer von entscheidender Bedeutung; denn nur die Expropriation und die expropriationsähnlichen Tatbestände sind entschädigungspflichtig. Allerdings gibt es auch Eingriffe, die keine Expropriation darstellen, gleichwohl aber entschädigungspflichtig sind, sofern das Gesetz diese Pflicht vorsieht. Diese Anschauung entspricht der überwiegenden Auffassung³².

²⁸ Für den Kanton Zürich: Gesetz betr. die Abtretung von Privatrechten vom 30. November 1879 und VO des Obergerichtes über das Verfahren der Schätzungskommission in Abtretungsstreitigkeiten vom 1. April 1942.

²⁹ Kirchhofer, 148.

³⁰ KV Art. 4, letzter Satz.

³¹ Braunschweiler, 40.

³² Kirchhofer, 149.

§ 9 DIE GRENZE ZWISCHEN GESETZLICHER EIGENTUMS- BESCHRÄNKUNG UND EXPROPRIATIONSARTIGEM EINGRIFF IN DAS GRUNDEIGENTUM

I. Das Problem

1. Es gibt Enteignungen, die lediglich ein Recht aus dem Eigentum erfassen. Somit stellen sie sich äusserlich wie Beschränkungen dar. Aus der Auswirkung kann daher nicht mehr abgelesen werden, ob Enteignung vorliege.

2. Der Tatbestand der Expropriation unterscheidet sich durch seinen Zweck vom Tatbestand der Beschränkung. Bei der letzteren kann der Gesetzgeber einzelne Befugnisse dem Eigentum entziehen, weil die Ausübung dieser Befugnisse gegen das allgemeine Wohl gerichtet ist. Auf seinem Weg, zwischen den Interessen des Einzelnen und denen der Allgemeinheit den guten Ausgleich zu schaffen, missbilligt also der Gesetzgeber einzelne Privatinteressen. Es wäre aber unrichtig zu sagen, «wo ein Gesetz missbilligend feststellt, dass das Eigentum in dieser oder jener Hinsicht nicht mehr ausgeübt werden soll, liegt Eigentumsbeschränkung vor¹.»

Bei der enteignenden Beschränkung erfolgt der Eingriff nicht aus der Missbilligung heraus. Wohl erfolgt auch hier der Eingriff zum allgemeinen Wohl, aber die Allgemeinheit soll sich nicht zu Ungunsten des Einzelnen bereichern können. Daher ist der Staat entschädigungspflichtig. Es wäre unbillig, im Interesse der Allgemeinheit dem Einzelnen ein weitgehendes Opfer aufzuerlegen, während ein anderer zufälligerweise von den öffentlichen Interessen nicht berührt wird².

3. Es gibt nun aber eine ganze Reihe von Massnahmen, bei denen das Eigentum wesentlich geschmälert wird, oder Rechte entzogen oder vermindert werden, ohne dass jedoch von Beschränkung oder von Enteignung gesprochen werden könnte. Denn es fehlt jedesmal ein wesentliches Merkmal: es ist kein öffentliches Unternehmen vorhanden oder der Eingriff beruht nicht auf Einzelakt³. Alle diese Fälle werden nach der herrschenden Lehre als solche der m a t e -

¹ So Braunschweiler, 43; in dieser Fassung ist der Satz zu absolut.

² Fleiner, 293 ff.

³ Vgl. 109.

riellen Enteignung bezeichnet. Selbstverständlich sind auch diese Eingriffe von der Eigentumsgarantie in dem Sinne erfasst, als sie einer positiv-rechtlichen Grundlage bedürfen und das allgemeine Wohl voraussetzen. Und sie sind entschädigungspflichtig. In diesem Sinne hat denn auch das BGer. den Vorbehalt der Expropriation zu Recht ausgedehnt: Auch die materielle Enteignung ist unter dem Begriff der Zwangsabtretung zu subsumieren⁴.

II. Verschiedene Abgrenzungstheorien

Die Frage lautet also: Welche Eingriffe sind als Beschränkungen, und welche als materielle Enteignung zu bezeichnen? Vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus gesehen wäre es wünschenswert, wenn es ein einziges, scharfes Kriterium der Trennung gäbe. Das ist aber nicht der Fall.

Es gibt eine ganze Reihe von Theorien. Jede einzelne versucht, dieses eine Kriterium zu finden, ohne jedoch zum Ziele zu gelangen. Hingegen erbrachte jede zum mindesten eine richtige Erkenntnis, ein richtiges Merkmal zur Unterscheidung.

1. Die Einzelakttheorie: Durch allgemeines Gesetz getroffene Massnahmen können nur Beschränkung sein. Einzelakt aber — auch wenn auf Gesetz beruhend — ist Enteignung. Das ist tatsächlich zutreffend für die materielle Enteignung. Da aber Verfügungen mit beschränkender Wirkung, ebenso wie Verfügungen mit enteignender Wirkung auf einem Rechtssatz beruhen (müssen), hängt es dann noch davon ab, ob derselbe ein Mehr oder Weniger an Ermessensfreiheit⁵ für die Behörde enthält. Je weniger an Ermessen, desto eher kann von Beschränkung die Rede sein. — Diese Theorie wurde auch angewendet auf die Anzahl der betroffenen Grundstücke; ein Gedanke, welcher aus der Schutzwürdigkeitstheorie stammt⁶. Während Braunschweiler⁷ diese Theorie ganz ablehnt, ist es doch wohl richtiger, die durch sie aufgestellten zwei Momente wenigstens als Indizien mit anderen Momenten zusammen zu verwenden.

2. Eine andere Theorie, von Reiss⁸, lautet: «Enteignung ohne ange-

⁴ Kirchhofer, 153.

⁵ Kirchhofer, 156.

⁶ Vgl. III.

⁷ 43, b).

⁸ Reiss, das Verbot der entschädigungslosen Enteignung als Schranke für den Gesetzgeber, Danziger jurist. Monatsschrift 5, 49 f.

messene Entschädigung ist dem Gesetzgeber verboten. Eingriffe ins Eigentum aller Art, die nicht zum Zwecke eines Unternehmens geschehen, sind erlaubt.» Dieser Lehre mangelt die Umschreibung des Unternehmungsbegriffes. Wollte man unter «Unternehmen» auch Bestrebungen zum Wohle der Allgemeinheit verstehen, so liessen sich darunter auch schon Beschränkungen subsumieren. Z. B. gewisse Bauvorschriften, die einer gewissen Baupolitik dienen⁹. So hilft diese Theorie nicht zur Abgrenzung, auch nicht im Verband mit anderen Unterscheidungsmerkmalen. Und das BGer. hat in vielen Entscheidungen Eingriffe ins Eigentum nie dahin untersucht, ob sie eine bestimmte Zweckbeziehung auf ein öffentliches Unternehmen enthalten¹⁰.

3. Wohl die wichtigste Theorie verlangt, dass eine «Uebereignung oder Ueberführung» statfinde¹¹ und zwar dergestalt, dass auf der einen Seite eine Vermögenseinbusse, auf der anderen ein gleichwertiger Vermögenszuwachs erfolge. Damit stellt diese Theorie einzig auf den Zweck des Eingriffes ab: Der Staat greift ein, nicht weil er ein Recht des Eigentümers missbilligt, sondern weil er an Stelle des Eigentümers treten will, um an seiner Statt ein Werk auszuführen. Das entzogene Recht geht an den Staat oder einen Dritten über. Allerdings ist die Ueberführung auch ein Merkmal der klassischen Expropriation und verliert in diesem Sinne an Bedeutung als Abgrenzungstheorie.

4. Die Substanzminderungstheorie besagt, dass immer dann, wenn ein substanzmindernder Eingriff geschieht, Enteignung vorliege. Das BGer. hat verschiedentlich versucht, aus diesem Indiz die Frage der Abgrenzung zu klären¹². Wenn auch diese Theorie, namentlich in Verbindung mit dem Ausdruck «Substanz» ebensowenig weiter hilft, wie die vorhergehenden, so ist doch festzustellen, dass auch ihr ein richtiger Kern in der Betrachtungsweise innewohnt: dass nämlich die Wirkung der Massnahme auf die Rechtsstellung des Eigentümers, die Intensität des Eingriffes von Bedeutung sein soll¹³.

5. Als letzte sei die von W. Jellinek¹⁴ begründete Schutzwürdig-

⁹ So auch Kirchhofer, 157.

¹⁰ Braunschweiler, 43.

¹¹ Fleiner, 291 ff.; Kirchhofer, 157; Braunschweiler, 45.

¹² BGE 5, 539; 36 II 314; 39 I 77; 37 I 516.

¹³ Kirchhofer, 161; a. M. Braunschweiler, 44, c.

¹⁴ Verwaltungsrecht, 3. A. 413.

keitstheorie erwähnt. «Das Eigentum hat eine gewisse Schwäche dem Gesetzgeber gegenüber in dem Sinne, dass nicht alle Eingriffe des Gesetzgebers als Enteignung empfunden werden. Geschichte, allgemeine Anschauung, Andeutungen der Gesetze ermöglichen eine Abgrenzung des Schutzwürdigen vom Schutzunwürdigen.» Daneben errichtete Jellinek eine Skala der «Befriedigungsgefühle», welche das Eigentum beim Eigentümer auslöst. Das volle Eigentum ist mit der Zahl 100 bewertet, die Expropriation bringt den völligen Entzug mit sich. Daher Zahl 0 in der Skala. Die Grenze zwischen Beschränkung und Enteignung liegt bei 40. «Die verbleibenden 40 Grade sind das mindeste, was der Gesetzgeber als Inhalt des Eigentums belassen muss; sie sind dem Gesetz gegenüber schutzwürdig¹⁵.» Einen Einfluss auf diese Skala, resp. auf die Befriedigungsgefühle des Eigentümers hat aber auch die Anzahl der von einem Eingriff Betroffenen. Je mehr Eigentümer tangiert werden, desto weniger mag der Einzelne den Eingriff als Enteignung empfinden. Richtig in dieser Theorie ist sicher die letzte Feststellung: denn es ist bekannt, dass ein Wesensmerkmal der Eigentumsbeschränkung darin liegt, dass sie alle Grundstücke gleichermassen betrifft. (Abgesehen von den hinlänglich bekannten Ausnahmen). Hingegen lässt sich die subjektive Empfindung der Betroffenen nicht verwerten; denn nicht diese, sondern die entscheidende Behörde befindet über den Charakter des Eingriffes¹⁶.

III. Die bundesgerichtliche Praxis zum Abgrenzungsproblem

Dem Thema dieser Arbeit entsprechend soll im folgenden nur mehr die bundesgerichtliche Praxis hinsichtlich der Eingriffe aus Gründen des HS in solche beschränkender, bzw. enteignender Art dargestellt und untersucht werden¹⁷.

§ 10 HS-VO lautet: «Ist der durch die Anwendung dieser Verordnung verursachte Eingriff in das Eigentum mit unverhältnismässigen Kosten verbunden, die durch keine andere Anordnung vermieden

¹⁵ Braunschweiler, 44; Kirchhofer, 161.

¹⁶ Kirchhofer, 162.

¹⁷ Ueber die Beschränkungen, bzw. materielle Enteignung aus Bundesrecht, vgl. Kirchhofer, 163 ff.; Braunschweiler, 47 ff. Während hier nur Eingriffe aus kantonalem Recht dargestellt werden.

werden können, so ist von der Anwendung der Verordnung abzu-
sehen. Dagegen steht in solchen Fällen den zuständigen Behörden
der Weg der Zwangsenteignung gemäss § 182, Absatz 3, des Einfüh-
rungsgesetzes offen ¹⁸.»

Es kann freilich nicht im Belieben der Behörde liegen, auf wel-
chem Wege sie ein Ziel des HS erreichen will. Erweist sich nach
Prüfung aller objektiver Momente, dass ein Eingriff Expropriation
darstellt, so muss er auch als solche durchgeführt, d. h. vor allem
entschädigt werden. Gerade im Gebiete des HS ist aber die Unter-
scheidung von Beschränkung und materieller Enteignung schwer ¹⁹.
«Bei den Behörden ist die nicht unbegreifliche Neigung vorhanden,
den Schutz womöglich im Wege des Befehls, d. h. ohne Entschädi-
gung, zu erreichen ²⁰.» Im folgenden seien einige Urteile des BGer.
zu dieser Materie dargestellt ²¹.

Bezüglich der Verbote von Reklametafeln, welche den HS-Inter-
essen widerlaufen, entschied das BGer., dass solche als gewöhnliche
Eigentumsbeschränkung zu werten seien. Es werde eine relativ un-
wichtige Befugnis entzogen, die nicht zu den normalen Nutzungs-
möglichkeiten des Grundeigentums gehöre und keine besondere
Rücksichtnahme verdiene. Zudem unterständen eine ganze Anzahl
von Eigentümern dem gleichen Verbot. Eine eigentliche Bereiche-
rung beim Gemeinwesen sei nicht vorhanden, sondern nur der ide-
ale ²² Vorteil der Erhaltung des Landschaftsbildes.

Ein solches Verbot tangiert aber die Handels- und Gewerbefrei-
heit und damit ein vermögenswertes Privatrecht: Das Recht zur ge-
winnbringenden Reklame. Lässt sich keine andere gleichwertige
(immer im Rahmen des landesüblichen Reklameumfanges) Möglich-
keit finden, so ist ein Vermögensrecht wesentlich verletzt.

Wird das Verbot gegenüber einer Reklame ausgesprochen, die
auf Grundeigentum errichtet wurde, das nicht dem Errichter der
Reklame gehört, so geht der Eigentümer einer oft nicht unerheb-

¹⁸ § 182 III heisst: Staat und Gemeinden sind berechtigt, derartige Altertümer
(usw.) auf dem Wege der Zwangsenteignung, insbesondere auch durch Er-
richtung einer öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit zu schützen und zugäng-
lich zu machen.

¹⁹ Kirchhofer, 168.

²⁰ Derselbe, 168.

²¹ Die ganze folgende Darstellung ist Kirchhofer entnommen. Es folgen daher
jeweils keine besonderen Zitate. Vgl. Kirchhofer, 168 ff.

²² Kirchhofer, 169 und hinten 120 f.

lichen Zahlung für das Recht der Reklame auf seinem Grundstück verlustig. In diesem Fall ist nur noch der Begriff der normalen Nutzungsmöglichkeit ein Einwand gegen die Entschädigungspflicht. M. E. ist dieser Begriff nicht unbesehen hinzunehmen; denn durch ihn mögen noch andere Einschränkungen als nicht enteignenden Charakters sanktioniert werden.

Nicht stichhaltig ist das Argument, eine eigentliche Bereicherung trete nicht ein, sondern nur ein idealer Vorteil. Wenn dieser Vorteil «nur ein idealer» ist, so begibt sich der Verteidiger solcher Auffassung des Rechtes, für die Publizistik des HS zu sprechen. Ueberdies darf der Standpunkt deshalb nicht anerkannt werden, weil sonst auch in anderen Fällen dieses Argument an wichtigerer Stelle als in diesem Fall gegen das Bestehen der Entschädigungspflicht verwendet werden kann. Solange sich die Allgemeinheit notfalls auf den HS berufen will, soll sie sich auch in schwerwiegenden Eingriffsfällen zur Entschädigung bekennen.

Die Bauerlaubnis für eine Villa wurde nur unter der Bedingung erteilt, dass sie auf dem zur Verfügung stehenden Land nach rückwärts verlegt werde. Enteignung wurde verneint. Entscheidend war, dass die Massnahme nicht sehr tief ging.

Eine solche Bedingung stellt aber nichts anderes dar, als eine servitutartige Belastung des Landes. Und wo eine solche Belastung vorliegt, ist auch ein Rechtszuwachs — eine servitutartige Berechtigung beim Gemeinwesen — vorhanden. Wenn auch nicht im Ernst für eine Entschädigung plädiert werden dürfte, so muss doch die einseitige Betrachtungsweise hervorgehoben werden: Es ist zwar vorab entscheidend, wie der Eingriff vom betroffenen Eigentümer empfunden wird, aber es sollte auch bedacht werden, welcher Gewinn beim Gemeinwesen entsteht.

Durch das Ziehen einer Baulinie in einem Einzelfalle wurden mehr als zwei Drittel des Grundstückes unüberbaubar. Dies geschah zur Erhaltung des Stadtbildes. Entschädigungspflicht wurde in diesem Falle angenommen. Hingegen enthält das Urteil eine bemerkenswerte Feststellung: Baulinien, die zu anderen Zwecken als der Regelung der Abstände von Gebäuden gegenüber der Strasse und unter sich selbst gezogen werden, sprechen für die Entschädigungspflicht. Im Streitfall bleibt dann nur noch zu entscheiden, welchen Charakter solche Baulinien haben und m. E. ist dies auch dann zu

untersuchen, wenn selbst eine grössere Zahl von Liegenschaften betroffen werden.

Diese letztere Betrachtung führt zu einigen Ausführungen des Baupolizeirechtes im besondern.

Es wurde schon verschiedentlich dargelegt, dass HS-Normen nicht nur in kantonalen und kommunalen materie-eigenen VO, sondern auch noch an vielen anderen Stellen, vorwiegend aber im Baupolizeirecht zu suchen sind. Für Zürich im kantonalen BG.

Diese Vorschriften bestehen, wie bereits dargelegt, aus Gründen der Gesundheit, der Feuersicherheit und des Verkehrs. Und darüber hinaus eben auch des HS²³.

Im allgemeinen sind die Eingriffe aus Baupolizeirecht blosse Beschränkungen. Immerhin können Baulinien die dargelegte Ausnahme machen. Diskutabel zum mindesten ist auch die Praxis, wonach im Hinblick auf künftigen Strassenbau zwar schon ein Bauverbot besteht, die Enteignung aber erst im Augenblick der Projektausführung vorgenommen, und damit auch erst die Entschädigung entrichtet wird²⁴. Durch diese Praxis können nämlich bei Verkauf oder bei Erbteilung der Verkäufer, resp. die Erben zu Verlust kommen.

In das Gebiet des Baupolizeirechtes gehören auch die Bauordnungen, welche mit dem Novum der Zoneneinteilung eine für den Bestand des Grundeigentums zumindest bestreitbare Aenderung brachten.

Vorausgeschickt sei noch eine Betrachtung, die sowohl für die eigentlichen baupolizeilichen, als für die Vorschriften aus Zoneneinteilung heraus gilt: Wenn bei diesen Massnahmen blosse Beschränkung angenommen wird, so mag, wie Kirchhofer sich ausdrückt, unausgesprochen auch die Erwägung mitgespielt haben, dass hier die Entschädigungspflicht der Gemeinde eine gesunde städtische Boden- und Baupolitik verunmöglichen oder stark erschweren würde.

In dieser (wohlweislich) unausgesprochenen Ueberlegung liegt ja überhaupt das ganze Problem der Eigentumsgarantie als Wert- und

²³ Kirchhofer spricht von ästhetischen Gesichtspunkten, die dann wieder solche des HS sein können. Nach den vorliegenden Betrachtungen gehören aber alle ästhetischen Interessen der Allgemeinheit zum HS.

²⁴ BG 1893, § 12.

Institutsgarantie: Unter dem Gesichtspunkt der kommunalen Bodenpolitik und der kantonalen Regionalplanung wird das Grundeigentum zusehends immer intensiverer Sozialisierung unterworfen, unbekümmert um die Entwicklung einer solchen Politik.

So enthält beispielsweise die Bauordnung der Stadt Zürich²⁵ einen Zonenplan, der Bestandteil der Bauordnung ist²⁶. Dieser Plan scheidet ungefähr einen Zehntel des Gebietes als Land- und Forstwirtschaftszone aus. Die Vorschriften für diese Zone bestimmen, dass in ihr nur Bauten erstellt werden dürfen, die land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken oder den Gemeinschafts- oder Versorgungsbedürfnissen der landwirtschaftlichen Tätigkeit dienen, wobei selbst für solche Bauten noch erhebliche Beschränkungen bestehen: die überbaute Bodenfläche darf nicht mehr als 6 % des Grundstückes ausmachen²⁷.

Eine solche Zonung wird als Nutzungsplan bezeichnet, wie er durch die Landesplanung postuliert wurde. Wenn hier noch beigelegt wird, dass ein solcher Nutzungsplan auch den Zielen des HS dienen kann, so nur, um diesen richtigen Gedanken ausgesprochen zu haben, aber nicht im Bestreben, alle Erscheinungen auf dem Gebiete der Eingriffe ins Grundeigentum mit dem HS verbinden zu wollen.

Die Frage im Zusammenhang mit dem Nutzungsplan lautet: Wird das Eigentum bloss eingeschränkt, oder liegt materielle Enteignung vor? Die Antwort sei, soweit sie nicht aus den Ausführungen über die Landesplanung hervorging, beantwortet: Der Nutzungsplan ist m. E. mit der Eigentumsgarantie unvereinbar. Der Satz, dass, von der Enteignung abgesehen, Eingriffe in das Privateigentum nur aus polizeilichen Gründen statthaft sind, ist ein Grundpfeiler des Rechtsstaates²⁸. Der Nutzungsplan hat aber mit dem baupolizeilichen Charakter anderer Vorschriften nichts zu schaffen, sofern man nicht versuchte, den heimatschützerischen Charakter in den Vordergrund zu schieben. Vielmehr zielt auch der Nutzungsplan auf die angetönte Sozialisierung des Grundeigentums hin.

Das Gesagte bedarf aber einer Einschränkung: Sofern der Nut-

²⁵ Angenommen in der Gemeindeabstimmung vom 23. Februar 1947. Beschl. des Gemeinderates vom 4. September 1946.

²⁶ Art. 2, Abs. 1, BO.

²⁷ Art. 45, Abs. 1 und Abs. 2 d), BO.

²⁸ Huber H., Nutzungsplan und Eigentumsgarantie, SJZ 41/313.

zungsplan Gebiete beschlägt, die als nicht baureif bezeichnet werden können oder Gebiete, die nur landwirtschaftlicher Nutzung zugänglich sind, stellt er, da der Eingriff keine Schädigung bringt, keine materielle Enteignung dar.

Aber auch diese Einschränkung bedarf ihrerseits einer einengenden Bemerkung: Ein solcher Nutzungsplan müsste auf alle Fälle in gewissen Zeitabständen überprüft und revidiert werden. Denn nur so könnte der Schädigung vorgebeugt werden, die in dem Augenblick eintreten müsste, da das betreffende Gebiet baureif wird ²⁹.

In Anbetracht dessen, dass zu diesem Problem ein neuester Entscheid des BGer. vorliegt, sollen hier weitere, interessante Fragen ³⁰ unerörtert bleiben.

Der fragliche Entscheid befasst sich mit der Gemeindebauordnung von Uitikon, die in § 14 Vorschriften über eine Landwirtschaftszone enthält, ähnlich dem Art. 45 der zürch. BO. Das BGer. führte aus ³¹: Die Ausscheidung solcher Zonen bedeutet für die Eigentümer der daselbst gelegenen Grundstücke den Entzug ihres Rechtes auf beliebige Nutzung ihres Eigentums und die Beschränkung auf eine bestimmte, weniger einträgliche Nutzungsart. Ein so weitgehender Eingriff in die Eigentümerrechte bedarf aber einer einwandfreien gesetzlichen Grundlage, um vor der Eigentumsgarantie zulässig zu sein. Für den Gesamtplan des Regierungsrates wäre diese Grundlage in § 8 b) des Baugesetzes vorhanden, sie fehlt aber für die Bauordnungen der Gemeinden.

Der erwähnte § 8 b) gibt dem Regierungsrat die Kompetenz, über das Gebiet verschiedener Gemeinden hinweg, einen Gesamtplan aufzustellen auch betr. die land- und forstwirtschaftlich benützten Gebiete. Er spricht sich indessen nicht aus über die Entschädigungspflicht. Auch an anderer Stelle lässt sich diese Pflicht nicht entnehmen ³². Nach den vorangehenden Ausführungen über den Nutzungsplan

²⁹ Derselbe, 314.

³⁰ Z. B. betr. das Verbot, nur einen bestimmten geringen Teil mit landwirtschaftlichen Bauten überbauen zu dürfen. Oder die Anwendung auf schon bestehende Bauten, sowohl hinsichtlich ihrer Bauart, als auch auf ihre flächenmässige Grundaussdehnung usf.

³¹ NZZ, 14. Mai 1948, Nr. 1031.

³² Solche sind: § 30 betr. die Abtretung von Grundeigentum an öffentliche Strassen, Plätze und Anlagen; § 122 betr. Umgestaltung oder Abbruch bestehender Häuser im Sinne der für Neubauten geltenden Vorschriften; und andere.

steht aber fest, dass immer dann Entschädigung geschuldet wird, wenn der Eingriff im Sinne der erwähnten Ausführungen materielle Enteignung darstellt.

IV. Schlussfolgerungen aus der bundesgerichtlichen Praxis

Die Ausführungen über die einzelnen Abgrenzungstheorien sowie über die Praxis des BGer. haben gezeigt, dass sich kein einzelnes Kriterium der Abgrenzung finden lässt. Dass es hin und wieder Fälle geben mag, wo ein einzelnes Kriterium für die materielle Enteignung entscheidet, spricht noch nicht dafür. Die Regel ist, dass ein einzelnes Merkmal in der Anwendung zur Lösung der Frage zu keiner befriedigenden Antwort führt.

Vielmehr sind verschiedene Kriterien heranzuziehen³³: Grad, Mass, Stärke und Tiefe des Eingriffes in die bisherigen Befugnisse des Grundeigentümers; der grössere oder kleinere Kreis der Betroffenen; die Wirkung beim Gemeinwesen oder dritten Begünstigten; die rechtspolitische Wertung der entzogenen Befugnisse; die Stärke des öffentlichen Interesses.

Zu diesen Kriterien bemerkt Kirchhofer: «Bei der Unsicherheit der Kriterien ist es gegeben, dass das Rechtsempfinden der entscheidenden Stelle eine gewichtige Rolle spielt... Es handelt sich darum, ob ein bestimmtes Opfer, das dem Eigentümer zugemutet wird, nach der gesamten Sachlage einen derart besonderen Charakter hat, dass die Wiedergutmachung durch Entschädigung ein Postulat ausgleichender Gerechtigkeit ist³⁴.»

Die fortschreitende Sozialisierung wurde bereits ablehnend erörtert. Wenn nun Kirchhofer abschliessend bemerkt, dass diese Möglichkeit der Grenzverschiebung zwischen Beschränkung und materieller Enteignung, sowie die Unsicherheit in der Abgrenzung zwischen diesen beiden Eingriffsarten keine Frage des Ermessens, somit nur immer eine richtige Antwort möglich sei, dann kann dem zugestimmt werden oder nicht, sofern der Begriff des Ermessens gemeint ist. Aber die Verwendung des Ausdruckes des Ermessens im Zusammenhang mit dem Entscheid über den sozialen Gehalt des

³³ Vgl. hierüber Kirchhofer zusammenfassend, 175 f.

³⁴ Vgl. derselbe, 177.

Eigentums ist für den Schreibenden schwer zu akzeptieren: Freilich lässt die Frage, ob im Sinne eines sozialen «Fortschrittes» nur Beschränkungen anzunehmen sei, nur eine Antwort zu. Aber die Antwort hängt von der Einstellung der entscheidenden Instanz ab. Sie lässt sich nicht dem objektiven Recht entnehmen und kann auch selbst nicht objektiv sein. Die Beantwortung einer solchen Frage setzt doch unzweifelhaft eine Interessenabwägung voraus, was immer Ermessenstätigkeit ist.

V. Zusammenfassung

Ein wichtiger Entscheid des BGer. soll hier verwendet werden, um Wesentliches aus der bisherigen Darstellung zusammenzufassen.

Entscheid vom 10. Oktober 1946 in Sachen von Schulthess-Page u. a. m., Rekurrenten, gegen den Regierungsrat Kt. Zug betr. Gewaltentrennung und Eigentumsgarantie (Seeuferschutz, Bauverbotszonen).

Der Regierungsrat des Kt. Zug erliess 1946 eine VO über den Natur- und Heimatschutz³⁵. Sie stützt sich (unter Bezugnahme auf ZGB 702) auf § 112 EG und § 2 des kant. Pflanzenschutzgesetzes. § 112 enthält die Kompetenz zu Massnahmen zugunsten des Heimat- und Naturschutzes. § 2 Pflsch/Ges³⁶ enthält eine Kompetenz zum Schutz einzelner Pflanzen, sowie gleichfalls zum Erlass einer VO zwecks Ausdehnung des Schutzes auf weitere Pflanzenarten.

Gegen die erste VO haben die Genannten die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen mit dem Antrag, sie sei soweit aufzuheben, als sie Bauten auf ganzen Seeuferzonen und die Beseitigung von Bäumen und Sträuchern generell verbiete, mit der Begründung, generelle Bauverbote seien nicht zulässig, sondern nur von Fall zu Fall. Ueberdies könne § 2 des Pflsch/Ges nicht zu einem so weitgehenden generellen Verbot benützt werden. Ferner: die generellen und abstrak-

³⁵ § 6, Abs. 1 und 2.: «Der Zuger- und Aegerisee und deren Ufer werden als geschützte Gebiete erklärt.

Der Regierungsrat stellt für die beiden Seen Zonenpläne im Masstab 1:10 000 auf, die Schutzzonen und Zonen mit Baubeschränkung festlegen. Die Zonenpläne treten mit der Genehmigung durch den Regierungsrat sofort in Kraft.» § 8: «In den Schutzzonen dürfen keine neue Bauten errichtet, bestehende nur mit Bewilligung des Regierungsrates verändert werden. Freileitungen oder andere störende Vorrichtungen sind verboten. Bäume und Sträucher dürfen nur mit Bewilligung der Forstdirektion beseitigt werden.»

³⁶ Pflanzenschutzgesetz.

ten Verbote bildeten auch einen Eingriff in die Eigentumsgarantie der zug. KV. Insbesondere treffe ein solches Verbot alle Hoch- und Tiefbauten und lasse keinerlei Ausnahmen zu. Vorsorglicherweise wurde auch das Bestehen des öffentlichen Interesses bestritten.

Aus den Erwägungen (Zusammenfassung):

1. Auf ZGB 702 lässt sich die VO nicht stützen³⁷, weil er keine Ermächtigung zum Erlass öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen enthält, sondern als sog. unechter Vorbehalt nur deklaratorische Bedeutung hat.
2. Ob § 112 den Regierungsrat zum Erlass der VO ermächtigt, kann das BGer. nur vom Standpunkte der Willkür aus prüfen. Die Auslegung des Regierungsrates ist nicht willkürlich.
3. Das Wort «Verfügung» in § 12 hat hier nicht den Sinn von Anordnungen, für einen oder mehrere Fälle die konkreten Rechtsverhältnisse zu bestimmen, was sonst für gewöhnlich der Sinn ist; sondern den Sinn von allgemein verbindlichen Rechtsätzen.
4. Weil § 112 die Ermächtigung zu einem generellen Bauverbot enthält, darf auch die VO eine solche enthalten. Hinzu kommt allerdings das Erfordernis des öffentlichen Interesses, weshalb solche Bauverbote nur für bestimmte, bezeichnete Grundstücke erlassen werden dürfen, für welche sich nach gehöriger Prüfung der Sachlage ergeben hat, dass diese Voraussetzung zutrifft. Weil aber § 8 ohne Zonenplan keine Rechtskraft hat, ist der Widerspruch aus § 8 und der Bedeutung des Erfordernisses des öffentlichen Interesses (Bauverbot nur für bestimmt bezeichnete Grundstücke) behoben, weil die Zonenpläne jene Grundstücke genau bezeichnen.
5. Die Kompetenz aus § 8 betr. die Beseitigung von Pflanzen hat der Regierungsrat allerdings nicht aus § 2 Pflsch/Ges, sondern aus § 112 EG.
6. Die Bestimmungen über die Schutzzonen, insbesondere § 8, können nicht für sich allein, sondern nur im Zusammenhang

³⁷ Die Formulierung «unter Bezugnahme auf Art. 702 ZGB» veranlasst die Ueberlegung: Der Charakter von 702 ist hinlänglich geklärt, hingegen lässt sich die Ueberlegung nicht von der Hand weisen, dass 702 überhaupt die Kantone veranlasste, HS-Bestimmungen in ihre Einführungsgesetze aufzunehmen. Denkbar ist also, dass in verschiedenen Kantonen eine entsprechende Gesetzgebung unterblieben wäre.

mit den Zonenplänen unter Umständen die Garantie verletzen (Begründung sub 5). Erst wenn die Zonenpläne genehmigt sind, steht es den Eigentümern frei, wegen Verletzung der Garantie staatsrechtliche Beschwerde zu erheben, sofern sich das Bauverbot nicht im öffentlichen Interesse zum Schutze des Landschaftsbildes vor Verunstaltung als nötig erweist. Zudem steht den Eigentümern die Schadenersatzklage gegen den Regierungsrat offen, sofern der Eingriff eine materielle Enteignung bedeutet (direkte Klage an das BGer. bei Streitwert von 4000 Fr. an).

7. Der Regierungsrat wird bei seiner Erklärung, Tiefbauten seien nicht tangiert, behaftet.
8. Im übrigen: Am Heimatschutz, d. h. am Schutze des Landschafts-, Orts- und Strassenbildes, insbesondere auch der Seeufer³⁸, besteht zweifellos ein öffentliches Interesse. Das wurde schon wiederholt ausgedrückt. Zum schutzwürdigen (immer vor Verunstaltung) Seeuferbild können auch einzelne Bäume oder Sträucher gehören. —
9. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

VI. Kritik eines bundesgerichtlichen Sonderentscheides

Der nachstehende Entscheid³⁹ wurde deshalb nicht in die bisherigen Betrachtungen über die bundesgerichtliche Praxis zur Frage der Abgrenzung zwischen blosser Beschränkung und materieller Enteignung einbezogen, weil dann sowohl einheitliche Schlussfolgerungen, als Zusammenfassung der sonst als relativ konstanten Praxis nicht möglich gewesen wären; denn der vorliegende Entscheid brachte gerade in den entscheidendsten Punkten ganz andersgeartete, mit der sonstigen⁴⁰ Praxis niemals in Einklang zu bringende Gesichtspunkte.

³⁸ Im Interesse einer klaren Lösung wäre die Nennug der dem HS zugrunde liegenden Interessen, anstelle der obigen Kasuistik der Interessenobjekte, wünschenswert. Vgl. vorn, 9 f., insbes. 14 f.

³⁹ Abgedruckt in: Strasse und Verkehr, 3. Sondernummer, 23. Jg., 1942, Nr. 19 (Solothurn). Schweizerische Zeitschrift für den Strassenbau, den Strassenverkehr und verwandte Gebiete, 45.

⁴⁰ Interessant wäre gewesen, wenn sich das BGer. im Fall «Zugersee» hätte entscheiden müssen.

In letzter Instanz rekurrierten X (Bauherr) und Y (Grundeigentümer) gegen einen Entscheid des Regierungsrates (Verweigerung der Baubewilligung auf Grund der HS-VO) an das Bundesgericht am 18. April 1941⁴¹. Das Bundesgericht zog in Erwägung:

1. Die Garantie der wohlerworbenen Privatrechte, wie sie in Art. 4 der Zürcherischen KV enthalten ist, gewährleistet das Eigentum nur mit demjenigen Inhalt, der sich aus der jeweiligen objektiven Rechtsordnung ergibt. Sie steht deshalb der Einführung oder Anwendung allgemeiner gesetzlicher oder auf gesetzlicher Grundlage beruhender Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse nicht im Wege und gibt unmittelbar kein Recht auf Ersatz für eine Vermögenseinbusse, die daraus dem einzelnen Eigentümer erwächst. Das gilt insbesondere auch in bezug auf die Eigentumsbeschränkungen zum Zwecke des HS auf Grund des § 182 des zreh. EG z. ZGB und der darauf beruhenden VO vom 9. Mai 1912, wie das BGer. schon früher festgestellt hat (BGE 45 I 259 ff.). Dagegen ist nach der Eigentumsgarantie die Enteignung, wenn sie auch im öffentlichen Interesse zugelassen wird, doch nur gegen gerechte (volle) Entschädigung zulässig. Nach der Rechtssprechung des BGer. gilt als Enteignung in diesem Sinne nicht bloss die Entziehung von Eigentums- oder anderen Privatrechten oder die Begründung von solchen anderen dinglichen Rechten an bestimmten Sachen für ein bestimmtes öffentliches Unternehmen durch Verwaltungsverfügung; sondern unter den Begriff der Enteignung können auch bloss verwaltungsrechtliche oder polizeiliche Gebote oder Verbote fallen, wodurch der Eigentümer einer Sache in der Verfügung darüber oder in deren Benutzung gehindert oder beschränkt wird. Freilich handelt es sich bei solchen Verfügungen, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage ergehen, in der Regel um blosser Anwendung allgemeiner gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen. Ausnahmsweise kann aber ihre Wirkung in einzelnen Fällen derart sein, dass sie als eigentlicher Eingriff in das durch die objektive Rechtsordnung umschriebene Eigentumsrecht anzusehen sind, materiell, wenn auch nicht der Form nach, als Enteignung erscheinen. Das BGer. hat das schon wiederholt aner-

⁴¹ Die VO zum Schutze des Greifensees war damals seit 3 Wochen in Kraft, konnte aber vom Bundesgericht nicht berücksichtigt werden, da der Rekurs an den Gemeinderat, später Bezirksrat und dann Regierungsrat vor dem in Kraft treten erfolgte.

kannt (BGE 30 I 66; 44 I 172; 48 I 599; 55 I 401, 403; nicht veröffentlichte Entscheide i. S. Götschi g. Obwalden vom 7. Juli 1933, S. 16; Fankhauser g. Bern vom 11. Juli 1935; Stebler g. Bern, Appellationshof vom 11. Dezember 1936, S. 13; Einwohnergemeinde Beinwil usw. g. Aargau vom 15. Juli 1937, Erw. 4; vgl. auch Kirchhofer, Eigentums-garantie, in ZSR N. F. 58, S. 139 ff.). Der angefochtene Entscheid des Regierungsrates, wodurch den Rekurrenten die Ausführung ihres Bauprojektes verboten oder die dafür erforderliche Polizeier-laubnis verweigert wird, bildet eine polizeiliche Verfügung, die den Sinn eines vollständigen Verbotes von Bauten der geplanten Art hat und auf der Voraussetzung beruht, dass dem Y daraus kein Ent-schädigungsanspruch gegenüber dem Staat oder der Gemeinde er-wachse. Diese Verfügung würde gegen die Eigentums-garantie des Art. 4 KV verstossen, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage oder das öffentliche Interesse fehlte oder es sich materiell um eine Ent-zeignung handelte. Nach der Auffassung der Rekurrenten trifft jede dieser Voraussetzungen zu.

2. Ob das Bauverbot im öffentlichen Interesse liege, hat das BGer. nicht ganz frei zu prüfen; es kann wegen mangelnden öffentlichen Interesses nur einschreiten, wenn dieser Mangel klar ist (BGE 57 I 385 u. a. m.). Die Rekurrenten machen denn auch geltend, dass in der Annahme, das öffentliche Interesse am HS erfordere ein ab-solutes Verbot der projektierten Kleinbauten, eine gewisse Willkür liege. Doch trifft dies nicht zu. Die Rekurrenten bestreiten nicht, dass ein öffentliches Interesse am Schutz der Greifenseelandschaft vor Verunstaltung besteht. Richtig mag sein — was Regierungsrat und Gemeinderat auch zuzugeben scheinen —, dass durch die von den Rekurrenten geplanten Bauten allein die Schönheit der dortigen Gegend nicht oder nicht erheblich beeinträchtigt würde. Die kanton-alen Behörden sind aber mit Recht davon ausgegangen, dass ande-ren Eigentümern am Greifensee gleiche Bauten gestattet werden müssten, wenn den Rekurrenten die Bauerlaubnis erteilt würde, und daher zu prüfen sei, ob eine ganze Siedelung von solchen Wochenend-oder Ferienhäuschen die Landschaft am Greifensee verunstalten würde. Die Rekurrenten können nicht etwa dartun, dass weitere solche Baugesuche für die dortige Gegend ausgeschlossen seien, und der Regierungsrat hatte sich ja auch schon früher mit einem Gesuch um Bewilligung von Kleinbauten der in Frage stehenden Art am

Greifensee zu befassen. Nun lässt sich sehr wohl annehmen, dass eine grosse Zahl solcher Kleinbauten zusammengenommen dem Landschaftsbild auf jeden Fall einen erheblichen Teil seines Zaubers nehmen würde und deshalb die Verweigerung der Baubewilligung auch dann im öffentlichen Interesse liege, wenn durch Anpflanzungen und Farbgebung dafür gesorgt würde, dass die Bauten möglichst wenig hervortreten.

3. Ob ein polizeiliches Verbot, eine Sache in bestimmter Weise zu gebrauchen, nicht blosses Eigentumsbeschränkung ist, sondern einen Eingriff in das von der objektiven Rechtsordnung umschriebene Eigentumsrecht, materielle Enteignung bedeutet, ist auf Grund der Würdigung aller Umstände zu beurteilen. Ein scharfes, allgemeingültiges Merkmal hiefür gibt es nicht. Nach der Praxis des BGer. ist in der Regel dann Enteignung anzunehmen, wenn dem Eigentümer ein bereits ausgeübter oder wirtschaftlich verwerteter Gebrauch der Sache untersagt wird oder wenn das Verbot die Benutzung der Sache in ausserordentlich hohem und empfindlichem Masse einschränkt und ausnahmsweise einen einzigen oder nur einzelne wenige Eigentümer so trifft, dass diese ein allzu grosses Opfer zu Gunsten des Gemeinwesens auf sich nehmen müssten, sofern sie keine Entschädigung erhalten (vgl. BGE 31 II 558; 36 II 314; 44 I 171, Erw. 4; 47 II 81 u. a. m.). Diese Voraussetzungen treffen hier nicht zu. Freilich erleidet Y nach den Feststellungen des Regierungsrates durch die angefochtene Anwendung der HS-VO eine empfindliche Vermögenseinbusse von rund Fr. 4.— auf den m² oder er wird daran gehindert, sich einen Vorteil in dieser Höhe zu verschaffen. Dass diese Einbusse oder die Aussicht auf einen solchen Vorteil im starken Bedürfnis nach Wochenend- oder Ferienhäuschen ihren Grund hat, das erst in neuerer Zeit aufgekommen ist, kann nicht dazu führen, jene Einbusse oder jenen Vorteil ausser Acht zu lassen. Es bestehen auch keine sichern Anhaltspunkte dafür, dass das erwähnte Bedürfnis in absehbarer Zeit wieder abflauen wird und daher Y nicht darauf zählen könne, mit den geplanten Bauten einen Verkaufserlös von Fr. 5.— auf den m² zu erzielen, oder es sich dabei sonst nur um einen vorübergehenden Vorteil handelt. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass dem Y nicht jeder Bau auf diesem Grundstück unmöglich gemacht wird und dieses zudem in einer rein landwirtschaftlichen Gegend liegt, wo die Art der Verwertung des Landes

von vornherein sehr beschränkt ist. Dazu kommt insbesondere, dass Y, wenn ihm der erwähnte Vorteil entzogen oder die angegebene Vermögenseinbusse zugemutet wird, nicht schlechter gestellt wird als eine sehr grosse Zahl anderer Grundeigentümer, nämlich alle diejenigen, die um den Greifensee herum überbaubares Land besitzen. Von einem nur Wenige treffenden Opfer kann danach keine Rede sein. Auch entspricht dem wirtschaftlichen Nachteil auf Seiten der Grundeigentümer nicht etwa ein wirtschaftlicher Vorteil auf Seiten des Staates oder der Gemeinde. Das angefochtene Bauverbot besteht nicht für wirtschaftliche, sondern für rein ideale Zwecke der Allgemeinheit. Derartige, für eine grosse, unbestimmte Zahl von Grundeigentümern geltende Verbote liessen sich gar nicht durchführen, wenn dafür Entschädigung geleistet werden müsste; der Staat könnte dann ideale Aufgaben, für die ein dringendes Bedürfnis besteht, wie den HS, nicht oder nur ungenügend erfüllen (vgl. BGE 47 II 81). Der Vorteil, der dem Y durch das angefochtene Bauverbot entgeht, hat seinen Grund wesentlich auch in der Schönheit der Landschaft, deren Schutz das Verbot bezweckt. Man kann aber gewiss den Grundeigentümern zumuten, auf wirtschaftliche Vorteile zu verzichten, die ihnen aus einem idealen Gut der Allgemeinheit entstehen, wenn der Schutz dieses Gutes den Verzicht erfordert. Es handelt sich auch aus diesem Grund hierbei nicht um ein untragbares Opfer. Danach ist das angefochtene Bauverbot als blosser Anwendung einer Eigentumsbeschränkung und nicht als Enteignung anzusehen.

4. Unter diesen Umständen kann man auch annehmen, dass es eine gesetzliche Grundlage habe. Es steht fest, dass der Regierungsrat zum Erlass der HS-VO vom 9. Mai 1912 befugt war. Nach den §§ 1 und 2 dieser VO ist die Ausführung von Hochbauten zu untersagen, wenn dadurch Landschaftsbilder von bedeutendem Schönheitswert verunstaltet oder in ihrer Wirkung beeinträchtigt werden. Die Annahme des Regierungsrates, dass diese Voraussetzung hier zutrifft, ist nicht offensichtlich unrichtig. Dasselbe ist vom Standpunkt zu sagen, dass § 10⁴² der VO nicht anwendbar sei. Der Regierungsrat

⁴² «Ist der durch die Anwendung dieser Verordnung verursachte Eingriff in das Eigentum mit unverhältnismässigen Kosten verbunden, die durch keine andere Anordnung vermieden werden können, so ist von der Anwendung der VO abzusehen. Dagegen steht in solchen Fällen den zuständigen Behörden der Weg der Zwangsenteignung gemäss § 182, Absatz 3, des Einführungsgesetzes offen.»

geht dabei davon aus, dass diese Bestimmung nur für einen enteignungsähnlichen Tatbestand, d. h. eine materielle Enteignung, gelte, und das wird von den Rekurrenten nicht bestritten. Wenn aber § 10 der VO nur in einem solchen Fall anwendbar ist, so fällt das angefochtene Bauverbot nicht darunter, wie sich aus Erwägung 3 ergibt.

Demnach erkennt das Bundesgericht: Die Beschwerde wird abgewiesen.

Auch dem, der sich nicht auf das Engste mit den Problemen der Enteignung, bzw. der enteignungsähnlichen Tatbestände befasst, ist die Unhaltbarkeit solcher Rechtssprechung auch ohne nähere Ausführungen klar. Der Vollständigkeit halber seien aber doch einige Punkte aus dem Urteil kritisch behandelt.

Dem Y wird freilich nicht jegliches Bauen unmöglich gemacht, aber der Bau eines Ferienhäuschens. Dieses Projekt bestimmt ja gerade den Preis und daher rührt die empfindliche Vermögenseinbusse. Ob das Bauland in rein landwirtschaftlicher Gegend liege oder nicht, ist hier ohne Bedeutung. Fest steht, dass der Boden jedenfalls die Errichtung eines Wochenendhäuschens zuliesse. Was soll also in diesem Zusammenhang die Bemerkung, die Verwertung des Landes in dieser Gegend sei von vornherein beschränkt?

Es trifft zu, dass Y mit vielen anderen Grundeigentümern das gleiche Opfer trifft. Es wurde früher dargelegt, dass gerade die Anzahl der Betroffenen als Kriterium für die Frage, ob ein expropriationsähnlicher Tatbestand vorliege, zu beachten sei. Je mehr Betroffene, desto weniger ist der Tatbestand als erfüllt anzunehmen; aber das ist nur eines, der k u m u l a t i v zu verwertenden Kriterien. Ein anderes ist die Höhe des Verlustes. Wenn aber dargelegt wird, dass dieser das Mass der Zumutbarkeit wesentlich überschreitet, wie z. B. im vorliegenden Fall, dann darf das Kriterium der Mehrzahl der betroffenen Grundeigentümer nicht mehr verwendet werden.

Dem wirtschaftlichen Nachteil auf Seiten der Grundeigentümer stünde nicht ein gleichgearteter Vorteil auf Seiten des Staates oder der Gemeinde gegenüber. Das angefochtene Verbot bestehe n u r für rein ideale Zwecke der Allgemeinheit. Ein bestbekannter Satz, gegen den mit aller Schärfe anzukämpfen ist. Einzig, weil sich die idealen Vorteile aus der Wahrung von HS-Interessen nicht in Geldeswert umrechnen lassen, wird der «Vermögens»zuwachs auf Seiten der Allgemeinheit bestritten. Das ist Unrecht. Leider ist der Beweis, dass

«nur» ideale Werte eben doch Vermögenswerte sind, schwer zu erbringen. Aber ob diesem Streit ist niemals zu vergessen, dass auf der einen Seite eine ansehnliche Vermögenseinbusse eingetreten ist. Wie einfach gestaltete sich sonst das Problem? Die Ueberführungstheorie (vgl. 110, 3.) könnte für alle Eingriffe aus Gründen des HS zur leitenden Theorie erhoben werden und jegliche Problematik wäre aus der Welt geschafft.

Der Staat könnte die HS-Interessen und ähnliche ideale Interessen gar nicht wahrnehmen, wenn er in deren Verfolgung an eine grosse, unbestimmte Zahl von Grundeigentümern Entschädigung zu leisten hätte. Es ist ausführlich darauf hingewiesen worden, dass die Eigentumsgarantie einer der Grundpfeiler des demokratischen Rechtsstaates ist. Die daraus resultierenden Grundsätze sind unter allen Titeln zu respektieren. Das gilt auch für Massnahmen aus Gründen des HS. So sehr dessen Gedankengut intensiver Verbreitung, Förderung und Anwendung bedarf, so darf dies doch niemals zu solchen Ungeheuerlichkeiten führen, wie sie das BGer. mit diesem Satz ausdrückte.

CURRICULUM VITAE

Geboren am 1. März 1922 in Cham (Zug).

6 Jahre Primar- und 3 Jahre Sekundarschule in Zürich.

1 Jahr Collège d'Yverdon.

4 Jahre Kantonale Handelsschule Zürich mit Diplomabschluss.

1 Jahr Kantonale Handelsschule Zürich mit Handelsmatur.

16. November 1943 Immatrikulation an der juristischen Fakultät der Universität Zürich.

21. Januar 1950 Doktorexamen.

